الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية العلوم الانسانية والحضارة الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية
جامعة وهران – السانية

تخصص : الشريعة والقانون

التعسّف في فُرَق الزواج وآثاره

دراسة مقارنة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير

من إعداد الطالب :طاري سعيد إشراف الدكتور :داودي عبد القادر

أعضاء اللجنة المناقشة:

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة في اللجنة
د.حمحامي مختار	أستاذ محاضر	جامعة وهران	رئيسا
د.داودي عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة وهران	مقرّرا
د.(ة) حبّار آمال	أستاذة محاضرة	جامعة وهران	مناقشة
د.لريد أحمد	أستاذ محاضر	جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية: 1433- 1434ه/ 2012_2013م

إهـــــداء

الى روح والدي الكريم ....رحمه اللّه تعالى...

إلى الأمّ الحنونة التي سهرت على تربيتي وتعليمي وغمرتني بعطفها ورعتني بدعائها..

إلى شيوخي الذين أناروا لي الطريق بالتربية والتعليم ..

إلى المخلصين الأوفياء والصالحين الأولياء في ربوع الوطن

إلى كل من التمس طريقا يلتمس فيه علما.....

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع ..

شكر وتقدير

أشكر الله الكريم حق شكره كما ينبغي لجلال وجهه ،ولعظيم سلطانه، وأحمده حمدا كثيرا طيّبا أن وفقني لطلب العلم وأثني عليه الثناء كلّه أن يسر لي الأسباب فطرقت هذا الباب ،وأكملت هذا البحث .

وإنّه من تمام الشكر أن اتوجه إلى من كان سببا في إخراج هذا البحث توجيها ونصحا وإشرافا وإعانة ،ولم يأل جهدا في ذلك ، أستاذنا الدكتور عبد القادر داودي جزاه الله خيرا والشكر موصول إلى أساتذتنا الكرام الذين أشرفوا علينا خلال مرحلة الماجستير ، كل من : د.مبروك د.جمعي، ،.د.حبار د:سيب د:حوالف د:بلقندوز د:أوحميش ، وكانوا قمّة في التواضع والمسؤولية والاجتهاد جزاهم الله خيرا وزادهم علما وحكما ،

ولكلّ أعضاء لجنة المناقشة التي صبرت على تصفح هذه الورقات قراءة ، وتصحيحا وتوجيها ..ثمّ لكل من ساعدني من قريب أو بعيد بأسمى معاني المحبة والتقدير،كل واحد باسمه. ولقبه فمن لم يشكر الناس لم يشكر الله ،

تصديـــــــــــــــــــــر

قال الحق سبحانه وتعالى:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 229

وقال النبي ﷺ:﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ مسلم 1218 /483

قال الشاطبي:" ومن هنا كان الواجب على كل مكلف بعينه وهو يمارس حقه " أن يكون تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته؛ فلا يكون كالبهيمة المسيبة تعمل بهواها، حتى يرتاض بلجام الشرع، فإذا صار المكلف في كل مسألة عنّت له يتبع رخص المذاهب، وكل قول وافق فيها هواه؛ فقد خلع ربقة التقوى، وتمادى في متابعة الهوى، ونقض ما أبرمه الشارع وتأخير ما قدمه . "الموافقات، 123/3.

مقـــــــــدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه....

إنّ الهدف من الزواج هو إنشاء أسرة أساسها المودة والسكينة والاحترام المتبادل ، وقد بيّن الله تعالى هذا المقصد بقوله: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ الروم: 21 ووصف الله الزوجين بوصف بليغ فقال : ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾البقرة: 187، وإنّما يتحقق ذلك إذا كان كلّ من الزوجين مضطلعا بحقوقه وواجباته وملتزما في ذلك بالضوابط والشروط والتقييدات التي تتعلق بها، والأهمّ من ذلك أن يكون كلّ منهما عارفا بمقاصد الزواج حتى يستطيع أن يحافظ عليها ويتحمل في سبيلها المشقة وعنت الحياة ويتغاضى عن اللمم حتى لا يضر بتلك المقاصد ، وذلك لأنّ الأسرة هي نواة المجتمع لاقيام له إلا بها ، وإذا لم يتحقق المقصد من الزواج فإنّ الأسرة مصيرها التفكك والانحلال ممّا يؤدي إلى الإضرار بالمجتمع.

لذلك نجد في بعض الدول أنّه تقام تربّصات للأزواج الجدد لتعليم مقاصد الزواج ، مما قلّل من التفكّك الأسري ،وبالمقابل نجد أنّ الفرقة تكاد تلازم الزواج عندنا حتى خلنا أن الأصل في الزواج هو الانحلال لا الانعقاد ، حيث أنّ المحاكم الجزائرية تسجل سنويا 14 ألف حالة طلاق لزواج لم يتعدّ ثلاثة أشهر، تكون فيه الدعوة منفردة من طرف الزوج، بينما تسجل 10 آلاف حالة طلاق بالتراضي ، مع انتشار لخلافات النفقة والحضانة بين الأزواج الجدد داخل المحاكم .

كما أنّ حالات الطلاق بالتراضي تراجعت ، وفي نفس السياق ارتفعت حالات الطلاق بإرادة الزوج وطلبه من 17733 سنة 2007 إلى 20234 في 2009 .وخاصة في الزيجات الجديدة

كما أصبح الخلع في السنوات الأخيرة ظاهرة فرضت نفسها بقوة على المجتمع الجزائري حيث سجلت 2000 حالة خلع خلال سنة (2009)عبر مختلف محاكم التراب الوطني.حتى أصبحت المحاكم الجزائرية لا تخلو يوميا من قضايا من هذا النوع، ولأتفه الأسباب. وخاصة الزوجات العاملات أو سيدات الأعمال .

هذه الظاهرة تنامت بسرعة كبيرة خلال السنوات الأخيرة، و الأسباب كثيرة، منها المادية، كالسّكن والأزمات المادية وتدخُّل الأهل في شؤون الزوجين ، والخيانة الزوجية وعنف الزوج والإدمان على الخمر أو المخدرات ، مشكلة العذرية .

ومنها النفسية كعدم توافق الطباع ومايتعلق بالشكل والمزاج وحدة طباع أحدهما أو كليهما وعدم التوافق الجنسي بين الزوجين، ،وضعف الوعي والإحساس بالمسؤولية العائلية.

هذه الأسباب وإن كان بعضها حقيقيا مقنعا، إلا أنّ الكثير منها ليس كذلك بل هو نتيجة عدم إلمام الزوجين بمقاصد الزواج ممّا يؤدي إلى الإساءة في استعمال الحق المكفول للرجل و المرأة شرعا أو قانونا ،خاصة أنّ بعض الأزواج لايعرف معنى الرابطة الزوجية أو العصمة .

والملاحظ أنّ هذه الأرقام في ارتفاع منذ التعديل الأخير لقانون الأسرة.مما يثير السؤال حول جدوى وأساس هذ التعديل وهل تصبّ مقاصد التقنين في نفس المقاصد الحقيقية التي تحفظ الأسرة ،ولأي مقصد يعدل القانون بما لا يتوافق مع المقاصد الكبرى للأسرة والمجتمع.

إنّ مايحدث في الأسرة حسب الإحصائيات المتقدمة ينذر بخطر محدق يستدعي مراجعة المنظومة القانونية المتعلقة بالأسرة والمجتمع ، ويتطلب تكاثف جهود المتخصصين محاولة للاستدراك والعلاج وإلا فانّ ظاهرة الفرقة في ارتفاع مستمر تؤول إلى تفكك المجتمع .

وفي هذا البحث محاولة لتسليط الضوء على سبب من أسباب الفرقة وهو التعسف في الحق سواء كان بالنسبة للزوج أو الزوجة أو غيرهما وجعلت هذ البحث بعنوان :التعسف في فرق الزواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

دواعي اختيار الموضوع

من أهمّ الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع بغض النظر عن دافع التخصص هي :

_الشغف بالدّراسات التي تجمع بين موضوعات الأحوال الشخصية والنظريات الفقهية

_كثرة المشكلات في الأسر التي تؤدي في الغالب إلى الفرقة ممّا يستدعي علاجا ناجعا وفعّالا.

_خطورة موضوع الفرقة التي هي على العموم ضد مقاصد الدين من الجمع والتوحيد.

-العناية الفائقة التي أولاها الاسلام للأسرة بحيث لا تكاد تخلو سور القران الكريم من الحديث أو الإشارة إلى الأحكام المختلفة للأسرة.

-تقييم التعديل الجديد الذي نتج عنه آثار لم تكن في حسبان المشرع والمعدل.

-جدية الموضوع بسبب استفحال ظاهرة الفرقة مع كثرة أسئلة الناس خاصة حول هذا الموضوع.

_مساهمة بسيطة منّي في إبراز ملامح الموضوع لتوضيح الصورة على حقيقتها وخطورتها ، في طريق رأب صدع هذا البناء العظيم الذي هو الأسرة.

_جمع شتات هذا الموضوع ليكون مرجعا سهل التناول للباحثين.

مشكلة البحث

مشكلة البحث تتمثل في الإجابة عن الإشكاليات التالية :هل الحق قوة مطلقة ؟ وهل يتوافق في مفهومه مع التعسف ؟ وهل ملكه مبرر لإيقاعه على وجه الإضرار بالآخرين ؟ ولماذا خص قانون الأسرة التعسف بالرجل ولم يتكلم عن تعسف المرأة في حقها كما فعل مع الرجل؟.

وهل الأصل في الزواج الانعقاد لأنه رباط مقدس أم الانحلال ؟ وهل يراعي التشريع الخصوصيات النفسية والاجتماعية للمجتمع الجزائري؟.

أسئلة البحث :

وتندرج تحت تلك الإشكالية الكبيرة أسئلة فرعية تتصل بالموضوع وهي:

1_هل التعسف في الفرقة ضرر يتطلب التعويض؟ .

2_ومامدى الأثر الذي أفرزته المادة54 على صعيدالأسرة والمجتمع ؟.

3-هل الطلاق حق لله أم للعباد؟

4_إذا كان المشرع قد انتزع القوامة من يد الرجل فلم أوجب عليه النفقة وغيرها من الواجبات التي هي ثمرة القوامة ؟ ولماذا لم يوجب على المرأة شيئا من ذلك في مقابل ما أعطاها من حقوق؟

5-هل جعل الطلاق بيد الرجل تعسف في حق المرأة ؟

6-ولماذ لم يضع المشرع القيود في الخلع كالطلاق ؟

7_هل يحق للرجل أن يعود على المرأة بالتعويض للتعسف فى استعمال حق الخلع مادام أنها قد أنهت العقد بارادتها المنفردة ؟

8-ماهو الأفضل للمرأة ؟، أن يسرحها الرجل سراحا جميلا ، ولو بالتعسف ، أم أن يدعها كالمعلقة هروبا من التعويض؟

9-هل التساهل في أحكام الطلاق كعدم إيقاع الطلاق البدعي أو المعلّق أو الغضبان ، يحل مشكلة الطلاق ؟، أو يسول للنّاس التمادي بسبب هذا التساهل في الفتاوى ؟.

أهمية البحث وأسباب اختياره

ممّا سبق تتجلى أهمية الموضوع من حيث :

1_التأصيل الشرعي للتعسف في أنواع فرق الزواج.

2_التنبيه إلى عدالة الشريعة وأنّ التعسف الذي يقع من أحد الزوجين ليس مأخذه من الشرع ،وإنّما ذلك على سبيل التصرفات الشخصية البعيدة عن الوازع الديني ، ونتيجة لسوء فهم معنى الحق ثم سوء استعماله؛ وأنّ الشرع لم يأمر إلا بالحسنى، ومن ذلك إيقاع الحق على ماهيته .

كل ذلك يصب في إطار الالتزام بالحدود، لقوله تعالى﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 229

3_اعتبار الفرقة الواقعة بين الأزواج ظاهرة من الظواهر التي استفحلت في السنوات الأخيرة، وجديرة بأن يولى لها الاهتمام البالغ.

وعليه فأهداف البحث هي مايلي :

1_ معرفة حدود الحق قبل الإقدام على ممارسته حذرا من التعسف فيه .

2_بيان أنّ معالجة التعسف على مستوى التنظير؛ وعلى مستوى التدبير، هو الطريقة المثلى في الحدّ من ظاهرة الفرقة .

3_إظهار عظمة التشريع الإسلامي التي جعلته يناسب جميع المراحل بكل محتواها، ببيان حدود الحق وحدود استعماله.

4_إبراز سبقية الشرع إلى التنظير لنظرية التعسف .

5_دحض بعض الشبهات المثارة حول التشريع الإسلامي بأنّه سبب في مايقع للفرقة ،وسبب في اضطهاد المرأة.

6_ تسليط الضوء على المادة 52و53و54 ودراستها.

7_إثبات مدى التعارض الظاهر الذي وقع فيه المشرع في انتهاج المساواة، وفي نفس الأمر تغليب كفة المرأة على الرجل .

8_بيان افتقار قانون الأسرة الجزائري خاصة ،وعدم اكتماله، الأمر الذي يفتح الباب على مصراعيه في التأويل والاجتهاد الذي قد يسبب من جهته تعسفا في الاستعمال والتطبيق.

10_بيان أنّ التشريع في مجال الأسرة يهمل بعض الخصوصيات النفسية والثقافية، مما يولد هوّة بين القانون والمجتمع.

الصعوبات والعوائق

أمّا الصعوبات التي واجهتني في السير للقيام بهذا العمل المتواضع فأهمها:

1_قلة المراجع الحديثة المتصلة بالموضوع.

2_صعوبة الحصول على الوثائق المتصلة بالموضوع .

3_عدم وجود شروحات كثيرة لقوانين الأحوال الشخصيية.

4_صعوبة الحصول على بعض الإحصائيات التي تخدم البحث.

الدراسات السابقة

يُعدّ موضوع التعسف من المواضيع التي عولجت من حيث التنظير العام ، وقليلة هي الإسقاطات التطبيقية لهذه النظرية على موضوعات الأحوال الشخصية وخاصة على موضوع الفرقة وإن كانت هناك بعض البحوث المتصلة بالموضوع والتي تركز على التعسف منها على سبيل المثال لاالحصر:

أوّلا : التعسف في الطلاق رسالة ماجستير

ثانيا:نظرية التعسف في استعمال الحق عند الشاطبي رسالة ماجستير

ثالثا:. التعسف في الولاية القصر نموذجا رسالة ماجستير

منهج البحث:

لقد سلكت في كتابة هذا الموضوع مناهج مختلفة منها :

1–_المنهج الاستقرائي حيث قمت باستقراء المذاهب الفقهية المختلفة وكذا نصوص القوانين وعلى رأسهاالقانون الجزائري .

2_المنهج المقارن وذلك بغرض معارضة الأقوال فيما ، بينها ليترجح منها ماكان مقنعا عقلا ونقلا

3_المنهج التحليلي :وذلك بتحليل آراء وأقوال الفقهاء وكذا المواد القانونية.

إجراءات البحث_

1–عزو الآيات القرآنية في الهامش على رواية حفص عن عاصم من مصحف المدينة الالكتروني.

2_تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية بذكر المصنِّف أوّلا طلبا للاختصار فبدل أن أقول صحيح البخاري أقول البخاري إلاّ الموطّأ فأذكر المصنَّف ،نظرا للشهرة بذلك، أمّا غير كتب الحديث فأبدأ بذكر المؤلَّف ، قاصدا بالبيهقي السنن الكبرى ، مقدِّما الموطأ باعتباره أصح كتاب عندنا معشر المغاربة ،ثمّ الصحاح ثمّ السنن وهكذا ، فإن كان الحديث في الموطّأ أو الصحيحين اكتفيت بهما أو بأحدهما ، وإن كان في غيره أذكر ماأمكنني ذكره من المصادرحسب ترتيبها في الصحة كالسنن ثم المسانيد ،فإن كان الحديث متفقا عليه بين البخاري ومسلم اكتفيت برواية البخاري ،ونسبة اللفظ له .فإن كان في غير الموطأ والصحيحين تعرّضت للحكم عليه من مصنفه أو من كتب التخريج في المتن أو في الهامش.

3_تخريج الآثار من المصنفات الخاصة بها.

4_شرح الألفاظ الغامضة في البحث.

5_الترجمة لبعض الأعلام الذين وردت أسمارهم في البحث بالرجوع إلى كتب التراجم والسير المشهورة .

6-توثيق المصادر والمراجع :بذكر جميع معلومات الكتاب في أول تهميش له والاكتفاء باسم الكتاب والجزء والصفحة إذا أعيد ذكره ،وعند تعاملي مع النصوص القانونية الواردة في متن البحث أذكر رقمها في المتن ثم أذكر رقم الأمر الصادر بموجبه هذا القانون في الهامش.

8-وضع فهارس علمية في آخر المذكرة وهي فهرسة الآيات والأحاديث والأعلام والقرارات القضائية وفهرس المصادر والمراجع وفهرس الموضوعات.

9_استعمال بعض الحروف للاختصار نحو: د.ت .ط:دون تاريخ طبع ،وددن : دون دار نشر وط : طبعة، ونحو ت أي تحقيق وم:المادة وق.أ:قانون الأسرة ،وق.إ.إ.م أي قامون الإجراءات المدنية والإدارية ،وق.م.أي القانون المدني. وم.ق أي المجلة القضائية وج.ر أي الجريدة الرسمية.

10_تقسيم البحث إلى فصول ثم مباحث ثم مطالب ثم فروع ثم إلى بنود

11-إدراج التعريف الشرعي و القانوني تحت التعريف الاصطلاحي .

12-الاستعانة ببعض الرموز والعلامات الكتابية للتمييز فمثلا: القوسان المزخرفان ﴿ ﴾ لحصر الآيات القرآنية ،والهلالان ( ) لحصر الأحاديث النبوية ، ،وعلامتا التنصيص " "لحصر النّقول عن الغير وأسماء الأعلام ، والقوسان المقرونان [ ]لحصر المواد القانونية والقرارات القضائية .

التصور المبدئي لفصول البحث ومباحثه

يتبادر من موضوع البحث تقسيم منطقي وتسلسل هرمي يصل مسائله بعضها ببعض، لذلك فقد قسمت الخطّة الى سوابق ومقاصد ولواحق ،وإنّ السوابق بمثابة المقدمات للمقاصد واللواحق بمثابة النتائج لها وجعلت هذا المركب متوقفا على فصل تمهيدي تناولت فيه معنى فرق الزواج ،ومعنى الحق والتعسف فيه ،تشبيها له بالرأس بالنسبة للجسد لاحتوائه على أهم معاقد البحث كاحتواء الرأس على أهم الكواسب ،وليكون بمثابة المفتاح لهذا البحث فكان التمهيدي على مبحثين ،الأول :في معنى التعسف في الحق على مطالب ثلاثة :مفهوم التعسف ،ومفهوم الحق وخصائصه ، ثم خلصت في الأخير الى إبراز التعارض بين الحق والتعسف فيه. أما المبحث الثاني: ففي فرق الزواج على مطلبين مفهوم الفرق، وأسبابها.أمّا الفصل الأول فهو بمثابة الجسد والأطراف، تناولت فيه تعسف الزوجين، في مبحثين، فالأول في تعسف الزوج ،وجعلته على ثلاثة مطالب فالأول في مقدمات الفرقة،والثاني في موضوع الفرقة ،والثالث في آثار الفرقة ،أما المبحث الثاني ففي تعسف الزوجة على مطلبين ؛في مقدمات الفرقة ،وفي موضوعها.

أمّا الفصل الثاني:فتناولت فيه التعسف من غير الزوجين،وجعلته على ثلاثة مباحث ،الأول في تعسف الأبوين ،والثاني في تعسف الحكمين ،والثالث في تعسف القاضي.

أمّا الفصل الثالث:فهو بمثابة العوارض التي تعرض للجسد ،تناولت فيه آثار التعسف ،مقسّما إيّاه إلى مبحثين:فالأول في أساس إثبات التعسف ،في مطلبين :الأساس والإثبات،والمبحث الثاني:في التعويض عن الطلاق التعسفي في ثلاثة مطالب مفهوم التعويض ،وأساسه ،وتقديره.

وختمت هذا البحث بإيراد أهم النتائج المتوصل اليها ،مع ملحق لأهمّ الاقتراحات بإضافة أو تعديل أو إثراء موادّ في نصوص قانون الأسرة.

المراجــع

وقد اعتمدت في إعداد هذا البحث على مجموعة من المصادر والمراجع أهمّها:

مصادر الفقة الاسلامي القديمة :ومنها أمّهات كتب الفقه الإسلامي من أجل التأصيل الشرعي لمختلف المسائل موضوع البحث حيث رجعت الى كتب المالكية والحنفية والحنابلة والإباضية والظاهرية والشيعة والكتب الفقهية الحديثة.

كتب التفسير: واعتمدت في تفسير الآيات على أمهات التفسير كالجامع لأحكام القرآن للقرطبي وأحكام القرآن للجصاص وابن العربي والبيان في تأويل القرآن للطبري والرازي

كتب الحديث:وفي الحديث اعتمدت على مصادرها المعتمدة عند أهل السنة كالموطأ والصحيحين والسنن والمسانيد والمعاجم والجوامع والمصنفات والتواريخ .

كتب الأصول والقواعد الفقهية.

الكتب القانونية:أما بالنسبة إلى القانون فقد استعنت ببعض المراجع المتخصصة كالقانون المدني وقانون الإجراءات المدنية الجديد وقانون الاسرة مع شروحها.

المراجع العامة ، إضافة إلى بعض الدوريات والمجلات والمقالات والمواقع الإلكترونية .

خطـــــــة البحث

مقدمــــة

فصل تمهيدي : مفهوم التعسف في فرق الزواج

المبحث الأول : مفهوم التعسف في الحق

المطلب الأول: مفهوم التعسف

الفرع الأول :تعريفه الفرع الثاني: معايير التعسف فيه

المطلب الثاني : مفهوم الحق

الفرع الأول :تعريفه الفرع الثاني: طبيعته

المطلب الثالث :مخالفة التعسف للحق

الفرع الأول : في المفهوم الفرع الثاني:في الماصدق

المبحث الثاني :فرق الزواج

المطلب الأوّل:مفهومها

الفرع الأول: تعريفها الفرع الثاني :أنواعها الفرع الثالث: ضوابطها

المطلب الثاني :أسبابها وآثارها الفرع الأول :أسبابها الفرع الثاني :آثارها

الفصل الأول :التعسف من الزوجين

المبحث الأول :التعسف من الزوج

المطلب الأول :في مقدمات الفرقة

الفرع الأول :في السوابق الفرع الثاني:في اللواحق الفرع الثالث : في الطوارئ

المطلب الثاني :في موضوع الفرقة (الطلاق)

الفرع الأول : طبيعة الطلاق الفرع الثاني :مرجعية الحق في الطلاق الفرع الثالث:أهلية الطلاق

الفرع الرابع :تطبيقات التعسف في الطلاق

المطلب الثالث: في آثار الفرقة

الفرع الاول :في الرجعة الفرع الثاني: النسب

المبحث الثاني :تعسف الزوجة

المطلب الاول :في مقدمات الفرقة

الفرع الأول :في السوابق الفرع الثاني:في اللواحق الفرع الثالث :في الطوارئ

المطلب الثاني : في موضوع الفرقة

الفرع الأول :في الخلع الفرع الثاني : في طلاق التفويض

الفصل الثاني:التعسف من غير الزوجين

المبحث الأول: من الأبوين

المطلب الأول: :سلطة الأبوين على الزوجين

الفرع الأول:على الزوج الفرع الثاني:على الزوجة

المطلب الثاني :في فك الرابطة الزوجية

الفرع الأول:حقهما في فك الرابطة الزوجية الفرع الثاني:طاعتهما في فك الرابطة الزوجية

المبحث الثاني :من الحكمين

المطلب الأول :في انعدام شروط الحكمين

الفرع الأول:مفهوم الحكمين الفرع الثاني:شروط الحكمين

المطلب الثاني :في تعدي وظيفتهما

الفرع الأول :في تجاوز المراحل الفرع الثاني :في إيقاع الفرقة

المبحث الثالث:من القاضي

المطلب الأول:السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

الفرع الأول:طبيعة عمل قاضي شؤون الأسرة في المنازعات الأسريةالفرع الثاني :مفهوم السلطة التقديرية الفرع الثاني:ضوابطها.

المطلب الثاني:صور تعسف القاضي

الفرع الأول:في الإجراءات الفرع الثاني:في إيقاع الفرقة

الفصل الثالث:في آثار التعسف في فرق الزواج

المبحث الأول:أساس إثبات التعسف

المطلب الأول:أساس التعسف

الفرع الأول:الأساس الشرعي الفرع الثاني:الأساس القانوني

المطلب الثاني:إثباته

الفرع الأول:مفهوم الإثبات الفرع الثاني:طرق الإثبات

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الاول :مفهوم التعويض

الفرع الأول: تعريفه الفرع الثاني:مشروعية التعويض عن التعسف في الطلاق الفرع الثالث:شروط استحقاق التعويض

المطلب الثاني: أساس التعويض

الفرع الاول:الأساس الشرعي الفرع الثاني : الأساس القانوني

المطلب الثالث : تقدير التعويض

الفرع الأول :مفهوم التقدير ومشروعيته الفرع الثاني :أنواع التعويض

الفصل التمهيدي

مفهوم التعسف في فرق الزواج

المبحث الأول : مفهوم التعسف في الحق

المطلب الأول: مفهوم التعسف

المطلب الثاني : مفهوم الحق

المطلب الثالث :مخالفة التعسف للحق

المبحث الثاني :فرق الزواج

المطلب الأوّل:مفهومها

المطلب الثاني :أسبابها وآثارها

فصل تمهيدي : مفهوم التعسف في فرق الزواج

المبحث الأوّل : مفهوم التعسف في الحق

المطلب الأوّل: مفهوم التعسف

الفرع الأوّل :تعريفه

البند الأوّل:لغة

معاني التعسف كثيرة ومتنوعة ،وأهمّها يمكن حصرها في الآتي:

أولا–قلة البصيرة أو الحيرة قال في مقاييس اللغة:" العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة[1].

ثانيا–السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق ومنه ركوب المفازة بغير قصد ولا هداية قال:

عسوف بأجواز الفلا حميرية مريش بذئبان السبيب تليلها .

ثالثا–ترك التدبير والحزم قال الخليل: العسف: ركوب الأمر من غير تدبير قال ذوالرمة[2]:

قد أعسف النازح المجهول معسفه في ظل أخضر يدعو هامه البوم[3]:

رابعا– عدم قصد الحق ومنه قولهم رجل عسوف أي لا يقصد الحق .

خامسا–الظلم كعسف فلان فلانا أي ظلمه وفي الحديث :(لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفا)[4].

سادسا–الاستهانة والقهر ومنه العسيف: الأجير المقهور ومنه :لا تقتلوا عسيفا ولا أسيفا"[5] [6].

سابعا–خطأ التقدير قال الجرجاني[7] ":هو حمل الكلام على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهرة ،أو الطريق غير الموصل إلى المطلوب أو الأخذ على غير طريق وقيل هو ضعف الكلام[8]

---

1 معجم مقايسس اللغة ابن فارس باب العين والسين وما يثلثهما دار الفكر ط1399-1979 ج 311/4

2 غيلان بن عقبة بن مسعود العدوي، ذو الرمة: شاعر، من فحول الطبقة الثانية في عصره77- 117هـ (الأعلام124/5

3 ديوان ذي الرمة ط12006دار المعرفة بيروت لبنان ص249.

4 النهاية في غريب الحديث والأثر أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ت : طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي باب العين مع السين ط المكتبة العلمية - بيروت ، 1399هـ - 1979م ج468/3.

5 أبو داود كتاب الضحايا، باب في قتل النساء، رقم:.2669 ت:صدقي محمد جميل ،دار الفكر ط1414-1994م614/1. وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين وقال ابن حبان محفوظ وقال البيهقي لا بأس بإسناده (خلاصة البدر المنير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ابن الملقن ت:حمدي عبد المجيد مكتبة الرشد ط1-1410كتاب السير ج342/2

6 لسان العرب ابن منظور ت:عبد الله الكبير ،محمد حسب الله ،باب العين دار المعارف القاهرة ب.ت.ط م2944/4.

7عبدالقاهر بن عبد الرحمن بن محمد الجرجاني، أبو بكر: واضع أصول البلاغة.كان من أئمة اللغمة ت.471هـ أعلام 40/4

8 التعريفات للجرجاني باب التاء مكتبة لبنان طبعة جديدة1985ص64.

البند الثاني: اصطلاحا

أولا : شرعا

التعسف إمّا مصطلح أو نظرية فالأول استعمله الفقهاء قديما ،كالشافعي[1] في الرسالة: "لأنّه إذا أقامه على غير مثال كان متعسفا" [2]، وذكره ابن حزم[3] بقوله :" ولتعلم أنّ التّعسف وسوء الملكة لمن خولك الله أمره من رقيق أو رعية يدلان على خساسة النفس "" يقصد به الظلم. [4]

أما الثاني فوجوده كنظرية قائمة بذاتها إنّما تطور بتطور علم النظريات الفقهية الذي أحدث في زمن متأخر إلاّ أنّ أصوله قديمة قدم التراث كباقي العلوم والفنون.

وقد تنوعت عبارة المعرّفين للتعسف بناء على أنّه مصطلح أو نظرية مابين معمِّم ومخصِّص للتعريف اللغوي ،، فعرفه الكفوي بقوله :التعسف ارتكاب ما لايجوز عند المحققين وإن جوزه البعض ويطلق على ارتكاب ما لا ضرورة فيه، والأصل عدمه وقيل هو حمل الكلام على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهرة وهو أخف من البطلان [5].

وجاء في معجم لغة الفقهاء: التعسف : من تعسف ، الظلم . . ABuse , tyranny * التصرف الذي لا مبرر له ، ومنه تسريح الموظف تسريحا " تعسفيا " . أي دون سبب معقول" . [6]

وأورد الدكتور فتحي الدريني[7] تعريفا موسعا للتعسف بأنّه:" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[8].فقوله مناقضة قصد الشارع ،جنس للحد يراد به مطلق المخالفة سواء كان ذلك على سبيل التناقض أو التضاد ،

---

[1] الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس هاشم بن المطلب بن عبد مناف، القرشي المطلبي الشافعي، يجتمع مع النّبي في عبد مناف المذكوروِلد سنة 150، وتوفي يوم الجمعة آخر يوم من رجب سنة 204 (وفيات167/4)

2 الرسالة للإمام الشافعي باب الاستحسان تحقيق أحمد شاكر دار الكتب العلمية ص503.

[3]علي بن حزم الاندلسي 384 هـ 994م.قرطبة 456هـ - 1064م ولبة)، أكبر علماء الإسلام تصنيفًا وتأليفًا بعد الطبري، وهو إمام حافظ ,فقيه ظاهري، ومجدد القول به.الفصل ت:دإبراهيم نصر د.عبد الرحمن عميرة دار الجيل ج3/1

4 رسائل ابن حزم الأندلسي فصل في مداواة الأخلاق الفاسدة تحقيق إحسان عباس المؤسسة العربية للدراسات والنشر بيروت لبنان ط2 1987 ج65/2.

5 الكليات للكفوي ت عدنان درويش مؤسسة ال رسالة ط2 1998 ص294.

6 معجم لغة الفقهاء محمد قلعجي ط2 /1408-1988 ج1ص136،

7ولد في مدينة الناصرة عام 1923حصل على الدكتوراه عام 1965 من جامعة القاهرة وقد توفي عن سن يقارب التسعين التسعين www.elolamaa.com.

8 النظريات الفقهية الدريني منشورات جامعة دمشق ط4/ 1996-1997 ص 131.

وكان الأولى أن يعبر بالمخالفة لأنّ التعسف قد يكون خطأ لا يقصد به المناقضة أي المنازعة الظاهرة وتعبيره بالمناقضة بيان للركن الأعظم في التعسف أي أنّ ماهية التعسف لا تتحقق إلا بوجود هذه المخالفة سواء كانت بقصد أم لا ،وسواء كان ذلك في حق الغير أم في حق النّفس كمن يترك حقه لقلة روية وبصيرة فيضر نفسه ،لا غيره ويعد متعسفا بحسب ماتقدم من التعاريف.

أمّا قوله قصد الشارع فهو بيان لمعايير التعسف أي أنّ التصرف لا يوصف بالتعسف إلا بعد عرضه على مقاصد الشرع فإن وافقت فذاك وإلاّ فهو تعسف وهذا ماعبّر عنه الشاطبي[1] عند تأصيله لقاعدة مراعاة المآل فقال :لما ثبت أن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، وإنما قصد بها أمور هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها..والنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا ، فقد يكون الفعل مشروعا لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرأ ،ولكن له مآل علي خلاف ما قصد"[2]. فقد بنى نظرية التعسف على بعض القواعد الترجيحية كقاعدة سد الذرائع والحيل[3].

أمّا قوله:في فعل مأذون فيه بحسب الأصل"،فهو فصل للحد أي أنّ التعسف لا يكون في الفعل المحظور لأنّ ذلك له قاعدة أخرى هي الحرمة أو الكراهة حسب درجة الحظر ،إلا أن يوصف بذلك من باب التجوز والتوسع في العبارة ؛كما قال الكفوي في تعريفه للتعسف أنّه ارتكاب ما لا يجوز الشامل للفعل المأذون فيه وغير المأذون فيه .وبهذا التعريف يرتفع الإشكال في الجمع بين كون الحق حقا وكونه متعسفا فيه ،بناء على ربط نظرية التعسف بنظرية الحق.

ومن خلال ما سبق يتضح أنّ مصطلح التعسف ذو معنى واسع فقد يكون في القول أو الفعل كما أنّه يكون بقصد الإضرار أم بغير قصد وقد يكون للنّفس أو للغير كمن يترك حقّه أصلا فينشأ عن ذلك ضرر له أو لغيره وانطلاقا من هذا المعنى العام للتعسف سنبني فصول ومباحث هذه المذكرة وهذا ليس مخالفة للمعنى الاصطلاحي الشائع، ولكن من باب التوسع في العبارة بحسب أصل الاستعمال اللغوي،وبناء على هذا فإنّ المعاني التي نقصدها من التعسف عبر هذه المذكرة هي كالآتي:1-الخطأ في استعمال الحق إمّا بالفعل أو بالترك 2 -حمل الحق على غير محمله 3-إرادة الاستعلاء والقهر بالحق 6-عدم توخي الصواب بالحق وكل هذه المعاني يشملها قولنا إساءة استعمال الحق كما قدمنا .

---

[1]أبو إسحاق، إبراهيم بن موسى اللخمي، الغرناطي، توفي 18 شعبان، سنة "790هـ (الموافقات ج55/1)

4 الموافقات الشاطبي دار الفكر ج4ص110

3 قواعد المقاصد عند الشاطبي د. الكيلاني، دار الفكر دمشق ط1: 1421 هـ - 2000 م ص: 359.

ثانيا : قانونا

تطور مفهوم التعسف في الحق منذ عصر الرومان الذين وضعوا قيودا لاستعمال الحق حتى لا يصادم العدالة وقيم المجتمع ، وكان ذلك بمثابة اللبنات الأولى لتأسيس هذه النظرية حتى جاء القانون الفرنسي وأخذ بفكرة الفقيه "دوما"الذي وضع فيها معيارين للتعسف في الحق وهما: قصد الإضرار وانعدام المصلحة ،إلا أن هذه الفكرة بعد ظهورها وقضاء المحاكم بها طمست لما طغى الحكم الفردي إثر الثورة الفرنسية فأصبح للفرد الحرية المطلقة ،ثم عادت وترعرعت في ظل الاشتراكية التي غلبت مصلحة المجتمع على الفرد إلى أن أخذت بها التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسي في م والألماني في م 226و826 والسويسري في م 02 من القانون المدني والبولوني في م 135والنمساوي في م 02/1295 واقتبست من ذلك التشريعات العربية كاللبناني في م 124من قانون الموجبات والعقود والمصري في م 05 والسوري في م05و06 من القانون المدني[1]

وأخذ ق.م.ج بهذه النظرية متأثرا بمن سبقه في ذلك فأورد في م 124 التعسف بطريقة التمثيل – والتمثيل أحد أقسام التعريف– فنصت على مايلي:[يشكل الاستعمال التعسفي للحق لا سيما في الحالات الاتية:1_إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2_إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.

3_إذا كان الغرض منه الحصول عى فائدة غير مشروعة][2].

والمشرّع من خلال هذه المادّة لم يتطرق إلى تعريف التّعسف إلاّ تمثيلا كما ذكرنا ،وذلك لصعوبة الحدّ والإحاطة بحقائق الأشياء وماهياتها أوّلا ،ولكون التعسف ذا معنى واسع كما ذكرنا من قبل ثانيا ،فاكتفى ببيان أهمّ الحالات التي تعتبر تعسفا ،وقد استعمل كلمة لا سيما التي تعني خاصّة ،أي أنّ المشرّع لم يورد كل الحالات التي تدخل في نطاق التعسف لأنّ ذلك ممّا يتعسّر ولكن أتى بأهمّ الحالات الظاهرة التي تعد كذلك وهي:

-قصد الإضرار بالغير وهذه أبرز حالات التعسف .

-قلة الفائدة مقارنة بالضرر وهذه أخف من السابقة .

-قصد الفائدة غير المشروعة وهذه الأهون مما سبق .

---

1 دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق نزيه نعيم شلالا منشورات الحلبي الحقوقية ط2005/1 ص12.

2 القانون المدني الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 26/1395سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم 1999 م22/124 الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رئاسة الجمهورية الأمانة العامة للحكومة

ونلاحظ أنّ هذه الحالات المذكورة هي محض أفعال،وهي الأمثلة الظاهرة للتعسف إلا أنّ هناك حالات أخرى تتمثل في التروك، أي ترك الحق رأسا ممّا ينشأ عنه ضرر للنفس أو للغير،وهي غير ظاهرة إلا أن التّعسف يشملها باعتباره إساءة استعمال الحق أو حسب تعريف الدريني مخالفة قصد الشارع وهو يتحقق فعلا أو تركا.

ويتبيّن لنا جليا أنّ المشرع راعى قاعدة المقاصد والمآل في الأفعال وقاعدة الحيل أي أنّ معرفة الفعل هل هو متعسف فيه أم لا إنّما يكون بمعرفة مقصوده بماينشأ عنه من أضرار أو مايترتب من مفاسد ككون الفائدة غير مشروعة أو قليلة في جنب الضرر.

الفرع الثاني: معايير التعسف فيه

البند الاول شرعا

أولا :المعيار الذاتي

والمقصود به النظر في العوامل النفسية التي أنتجت هذا الفعل وهذا المعيار ينطوي على شقين:

1-تمحض قصد الإضرار ،ولعسر هذا الضابط باعتباره أمرا نفسيا ليس ظاهرا ، فقد يستعان لمعرفته بالقرائن الظاهرة وذلك مثلا كعدم وجود منفعة من استعمال الحق تعود على صاحب الحق بل لقصد المعاندة والمشاحجة ، فيستدل بذلك على قصد الإضرار .

ثانيا : المعيار الموضوعي

وهو ينظر إلى ثمرات الأفعال وذلك لأنه مؤسس على النظر في مآلاتها ، وهو يتضمن أصلين:

الأول : اختلال التوازن بين المصالح :سواء بين مصلحتين فرديتين أو مصالح متعددة

الثاني : الضرر الفاحش الواقع بالفعل جراء الاستعمال غير الصحيح للحق[1].

ويزيد ما ذكرناه آنفا وضوحا أن الأفعال الإنسانية المأذون فها وما ينشأ عنها متعلقة بضرورة موافقة قصد المكلف لقصد الشارع والعقل السليم،وفق ضابط محدد يبينه الشاطبي بقوله:"وضابطه أنك تعرض مسألتك على الشريعة ، فإن صحت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله ، فإن لم يؤد ذكرها إلى مفسدة فاعرضها في ذهنك على العقول ، ، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ ، فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية[2]

البند الثاني : في القانون

---

1 النظريات الفقهية ص131 .

2 الموافقات 191/4 .

أوّلا : المعيارالذاتي

أشار ق.م الى معايير التعسف من خلال م 124مكرر السابقة متّفقا في ذلك مع الفقه ، فقد أشار في الحالة الأولى إلى المعيار الذاتي الذي ينظر الى المبادئ والقصود أي قصد الإضرار بالغير، وهو في الغالب يكون خفيا لأنه أمر نفسي قد تدل عليه قرائن، أشار لها المشرع في الحالة الثانية والثالثة، كقرينة تدل على الباعث غير الصحيح [1].

ثانيا : المعيار الموضوعي

واكتفى المشرع بالتنصيص على المعيارالذاتي ولم يذكر المعيار المادي ، لوضوحه بسبب العلاقة السببية بين قصد الإضرار ووقوع الضرر، لزوما واطرادا، فلا يتخلف المسبب بتقدم سببه؛ إلاأنّه نص على هذا المعيار في م124معدلة [كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض] [2]، فقد نصت المادة على محورية وقوع الضرر في التعويض عن أي فعل مطلقا سواء كان بحق كما هو في التعسف أو كان بغير حق كما هو في الخطأ.

المطلب الثاني : تصور الحق

الفرع الأول : مفهومه

البند الأول : تعريفه

أولا: لغة :حاصل معاني الحق في اللغة **الثبوت** كقوله تعالى :﴿ وَلَٰكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ ﴾ الزمر: 71 **والوجوب**﴿ وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ الروم: 47 **واليقين** :كقول ابن عمر ﷺ:{ لا يبلغ العبد حقيقة التقوى}[3]، **والصدق** دعاوى التعسف وإساءة استعمال ص12:﴿ وَعْدَ ٱلْحَقِّ ﴾ إبراهيم: 22 **والحظ**"كقولهﷺ :(إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)[4]**والملك "**[5]

ثانيا: اصطلاحا:**1- شرعا**: تنوعت عبارة المعرفين للحق تبعا لاختلاف فنهم الذي يتكلمون فيه .

---

[1] الوسيط في شرح القانون المدني السنهوري ج703/1.

2 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان 26/1395سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

3 البخاري كتاب الإيمان باب قول النبي ﷺبني الإسلام على خمس دار الفيحاء دار السلام ص5.

4 أبو داود كتاب الإجارة باب تضمين العارية رقم:3565ت:صدقي محمد جميل م2ص162 والترمذي باب ما جاء لا وصية لوارث ت:د.بشار عواد معروف ط1-1996دار الغرب الإسلامي م3ص 621. وقال : حديث حسن.

4 لسان العرب ابن منظور م2ص941 المصدر السابق .

فأهل الكلام يعرفونه بأنه الموجود من كل وجه الذي لا ريب في وجوده وهو الله عز وجل لأن وجوده لا يحتاج لموجد[1].

وأما أهل التصوف فيعرفونه بأنه سلب آثار أوصافك عنك بأوصافه بأنه هو الفاعل[2]

وأما أهل البيان فيعرفونه بأنه ما طابق الواقع باعتبار نسبة الواقع اليه [3]

وأما أهل الفقه فيعرفونه بمعنيين :

1_الحكم المطابق للواقع ويطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل .

2_بمعنى الواجب الثابت وهو قسمان : حق الله وحق العباد

فأمّا حقّ الله فقال التفتازاني[4] :هو ما يتعلق به النّفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم قدره وشمول نفعه وأما حق العبد فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة له كحرمة ماله [5] .

وعند الأصوليين:الحكم وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلف من حيث إنه مكلف[6].

والملاحظ من هذه التعاريف أنها اقتصرت على المعاني المستقرة في علم ما،كل حسب فنه ،أمّا التعريف الجامع فلا بد لتحقيقه من التّفرقة بين أمرين:

1-التفرقة بين الحق المطلق والحق النسبي فأما الأول فلا يكون ولا يوصف به إلا الله تعالى ،وأما الحق النّسبي فهو لما عداه، وعليه فتعريفنا للحق يدور في فلك النّسبي وهو ماعدا الله تعالى .

2-التفرقة بين الحق كمصطلح وبين الحق مندرجا في نظرية الحق،وبناء على هذا الأساس يمكن أن نجد تعريفا جامعا مانعا له ، ولقد أورد الدكتور وهبة الزحيلي[7] بعض التعاريف وناقشها ،فمنها :هو الحكم

---

1 كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي علاء الدين البخاري دار الكتاب العربي بيروت لبنان ج134/4

2 التعريفات ص94 .

3 المطول في شرح تلخيص المفتاح لسعد الدين التفتازاني المكتبة الأزهرية للتراث ط1330ه ص36.

4 أحمد بن يحيي مسعود بن عمر التفتازاني الهروي من فقهاء الشافعية، كان قاضي هراة مدة ثلاثين عاما.له مجموعة سميت (الدر النضيد في مجموعة الحفيد) و (حاشية على شرح التلخيص) (شرح تهذيب المنطق (الأعلام 270/1)

5 حاشية قمر الأقمار لنور الأنوار في شرح المنار للشيخ عبد الحليم اللكنوي، ط1-1995دار الكتب العلمية ج37/2 ،الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة لابن زكريا الأنصاري تحقيق د..مازن المبارك ط1-1991دارالفكر المعاصرص45.

6 جمع الجوامع لابن السبكي تعليق عبد المنعم إبراهيم خليل دار الكتب العلمية ط2-2003 ص 31

7 ولد في بلدة دير عطية بدمشق عام 1932م، حصل على شهادة الدكتوراة عام 1963م عين أستاذاً عام 1975م ، (المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم ج368/1 كتاب إلكتروني تم إدخاله إلى الموسوعة الشاملة و لا يوجد مطبوعا.

الثابت شرعاً [1] وهو تعريف بالأخص فهو غير جامع . لأنّ الحق قد يكون مالا ، أو ملكا، أو وصفا ، أو مرفقا. أو أثرا للعقد.

وعرفه الشيخ علي الخفيف: "هو مصلحة مستحقة شرعاً وفيه تعريف بالرسم أي بالغاية المقصودة من الحق،لا بذاتيته وحقيقته، [2]

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقاء بقوله: هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً [3]

وهو –وإن شمل أنواع الحقوق– إلا أنّ التعبير بالاختصاص قصور في العبارة لأن الحق قد يكون ملكا والاختصاص لا يوفي بمعنى الملك للفرق بينهما،كقولنا الجل للدابة أي تختص به لكن لا تملكه.

والسلطة: إمّا على شخص كالحضانة والولاية على النفس، أو على شيء معين كالملكية.

والتكليف: التزام إمّا مالي كوفاء الدين، وإمّا لتحقيق غاية معينة كقيام الأجير بعمله. [4]

وعرفه د. فتحي الدريني بقوله:" الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة " [5] وفيه ماذكرنا من قبل.

ويشبه أن يكون لفظ الحق من الألفاظ التي لا يمكن حدها كالعلم والوجود والعدم ،إمّا لكونه ضروريا أو لكونه عسرا ،لكن الأقرب أن يقال هو ثبوت ما وجب للشخص شرعا فيشمل اسم الموصول"ما" الحق سواء ذاتا أو صفة ،وسواء ملكا أو استحقاقا أو اقتضاء ،ويشمل الوجوب السلطة على شخص أو شئ.

2– قانونا: تنوعت تعاريف القانونيين حسب تنوع مذاهبهم .

أ– المذهب الشخصي :وصاحبه "سافيني Savigny" عرفه أنّه قدرة أو سلطة إرادية مخوّلة للشخص، وانتقد بأنه بنى الحق على الإرادة وهي قد تنعدم لدى فاقديها كالصبي والمجنون، أو قد تكون غائبة كحالة الموصى له الغائب والوارث الذي تثبت له الحقوق وهو لا يعلم، أو تنعدم ويثبت معها الحق كاستعمال عديم الأهلية لحق الملكية في سكنى منزله أو ركوب سيارته.

ب– المذهب الموضوعي : وصاحبه "أهريج Ihering" عرفه بأنّه مصلحة يحميها القانون، فهذا المذهب يرى أنّ دور الإرادة في الحق ليس جوهريا؛ بدليل أنّ القانون يعترف بالحقوق للمجنون والغائب الصغير فالمصلحة أو المنفعة هي جوهر الحق ، والمصلحة قد تكون مادية أومعنوية كالحرية

---

1 حاشية قمر الأقمار لنور الأنوار في شرح المنار للكنوي، ج37/2.

2 مذكرات الحق والذمة: ص 36.

3 المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه: ف 3 ص 10 .

4 الفقه الإسلامي وأدلّته د.وهبة الزحيلي نظرية الحق دار الفكر ج8/4

5 النظريات الفقهية للدريني ص123

والشرف ،وانتقد هذا التعريف بأنّ فيه خلطا بين جوهر الحق والغاية منه لتعريفه الحق بالمصلحة المقصودة وانطلاقا من الغاية.

ج- المذهب المختلط :وفيه جمع بين عنصري الإرادة والمصلحة مع الاختلاف في تقديم أي العنصرين على الآخر، فمتى غلب عنصر الإرادة فالحق هو السلطة الإرادية التي يقررها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقا للمصلحة القائمة التي يحميها القانون ، بحيث تكون الإرادة هي القاعدة في تحقيق المصلحة ومتى غلب عنصر المصلحة ، فهو المصلحة التي يحميها القانون والتي يقوم على تحقيقها إرادة معترف بها الشخص ، وانتقد هذا المذهب بذات الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهين السابقين وأهمّها أنّه لم يعرف الحق ذاته ولم يبيِّن جوهره فالحق ليس الإرادة ولا المصلحة وبالقطع ليس هذا أو ذاك معا ولذلك ظهرت اتجاهات فقهية حديثة حاولت أن تكشف عن جوهر الحق وخصائصه الذاتية المميزة له .

د- النظرية الحديثة: ظهرت كنتيجة للانتقادات الموجهة للنظريات السابقة ،وصاحبها "دابان Dabin"، فقال :" استئثار شخص بقيمة معيّنة أو شئ معيّن عن طريق التسلط على تلك القيمة أو هذا الشئ "، وإن كان هذا التعريف أقرب إلاّ أنّه انتقد لإغفاله عنصر الحماية القانونية ، فالأقرب أن يقال "هو ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون له بمقتضاها الحقّ في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له [1] وفي القانون المدني الجزائري وردت كلمة الحق بمختلف الصيغ مائة وواحدا وستين مرة لكن لم يتناول ق.م تعريفا للحق إما اتّكالا على المعنى العرفي المتداول ،أولعسر تعريفه.

البند الثاني :أركانه

أولا: صاحب الحق

الشخص بالمعنى القانوني ، هو كل كائن يمكن أن ينسب إليه الحق إيجابا بأن يكون صاحبا له ، أو سلبا بأن يلتزم باحترامه ، بمعنى صلاحية اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، و الشخصية القانونية إمّا أن تثبت للإنسان فيسمى بالشخص الطبيعي ،فتبدأ بولادته حيا ، و تنتهي بموته ،وإمّا لغيره وهو الشخص الاعتباري أو المعنوي و التي اعترف له المشرع بالشخصية القانونية نظرا لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية و الفنّية فتبدأ شخصيته القانونية، بناء على اعتراف من القانون بالشخصية المعنوية كجماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، وانتهاؤها يختلف باختلاف أحوالها.

---

1 النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق وتطبيقهما.هجيرة دنوني، بن الشيخ الحسين منشورات دحلب ب.ت.ط. ص141"

ثانيا:محل الحق

أي موضوعه وهو إمّا عمل فعلا أو تركا فالأوّل كحق المشتري في استلام المبيع وحق البائع في قبض الثمن، والثاني كحقّ رب عمل أن يمنع عامله من عمل لدى آخر ، وإمّا شئ وهو كل ما لا يعدّ شخصا وهو إمّا مادّي أي له كيان ملموس عقارا كان أو منقولا ،وإمّا معنوي كالأفكار والابتكارات.

ثالثا:سبب الحق

أسباب الحق نوعان :

1-أسباب منشئة للحق ابتداء في ذمة الشخص، و تعرف بالأسباب المكتسبة للحق ابتداء،وهي الأسباب الوحيدة لكسب الحقوق في مجال الحقوق غير المالية، لأن حقوق الشخصية و الحقوق غير المالية ليست قابلة للانتقال، و لا تدخل في الذمة المالية.

وهي الغالبة في مجال الحقوق الشخصية كحق المؤلّف، و في مجال الحقوق الشخصية أو الالتزامات كما في في عقد القرض .و كذلك الحقوق العينية يمكن اكتسابها بذلك.

وقد أورد القانون المدني الجزائري طرق اكتساب الملكية في المواد من م773 إلى م 843

2-أسباب ناقلة للحق:وهي إمّا عامة وهي التي يقع النقل فيها على الذمّة المالية في مجموعها، إمّا كلها و إمّا بعضها أو جزء منها.أو خاصة وهي التي يقع فيها النقل على حق معين أو حقوق معينة[1].

الفرع الثاني: خصائصه

البند الأول:النّسبية

أولا-: تعريفها

حتىّ نميّزها عن المفهوم الفلسفي ، لا بد من مقدّمة كلامية بين يدي معايير النسبية .

فالموجود ثلاثة لأنّه إمّا ممتنع لذاته فهو باطل مطلقا ،وإمّا واجب بذاته، فهو الحق مطلقا ،وإمّا ممكن بذاته واجب بغيره فهو من جهة الإمكان باطل ومن جهة الاستمداد حق ،فالحق المطلق هو الموجود الحقيقي والكل يأخذ منه حقيقته ، فأحقّ الموجودات هو الذي يكون وجوده تامّا بذاته أوّلا وأبدا، وما عدا الموجود الحق المطلق فهو من حيث الإمكان نسبي، ومن حيث الاستمداد حقّ ،[2] ،وعليه فالنسبية هي :كون الشئ غير متمحّض القيام بالذات ولا خالص الاكتمال لما يرد عليه من المخصصات.

---

[1] النظريات العامة في الفقه الإسلامي د.العربي بلحاج ديوان المطبوعات الجامعية ط2001 ص41

2 المقصد الأسنى شرح أسماء الله الحسنى للغزالي ت:محمد عثمان الخشت مكتبة الفرقان ب.ت.ط ص30

ثانيا- معاييرها

1-معيار الامكان :ومعناه أنّ كل جرم من أجرام العالم بين طرفي الوجود والعدم بحسب مخصصاته ،لأن بعض أمثاله قد اتّصف بالوجود ،والآخر قد اتصف بالعدم ،فلو وجب وجوده لزم وجود جميع مماثلاته من الأجرام ،لقاعدة تساوي المتماثلات، فيستلزم دخول ما لا حصر له من الأجرام في الوجود، وهو محال ضرورة ،فوجب أن يكون كل جرم مستفاد من غيره لا من ذاته ،وإذا كان كذلك ،احتاج الى مُرجِّح واجب الوجود بذاته ،فدل على أنّ الممكن في حيّز النّسبية ،لأنّه يجوز عليه الوجود والعدم ،فلا يجب له الوجود المطلق ولا العدم المطلق ،ويلحق به مايتعلق من المخصصات في المقدار والصفة والأعراض والحقوق[1]

2-معيار الاشتراك :إنّ الصالح العام مراعى في كلّ حق ،ممّا يدل على أنّه مشترك قال الشاطبي:"لأنّ حق الغير محافظ عليه أيضا ، فهو حقّ الله تعالى صرفا في حق الغير [2]"

.فالحق للفرد والمجتمع ، والفرد شخصية ذاتية في المجتمع لا مجرد عنصر تكويني يدور في فلك الحرية المطلقة بل حقوقه مقيدة بمنع إضرار الغير وهو ملزم بتحقيق الخير في حالة الاشتراك وتجنب الفساد لقوله تعالى ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰ ﴾المائدة: 2 ولقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) [3] ومنه حديث السفينة[4] ، وإيجاب التسعير ،النهي عن الاحتكار، وتلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي[5].

البند الثاني: الطبيعية القانونية

أوّلا:الكونية الطبيعية: إن الحقّ قيمة مركبة كباقي القيم الأساسية التي تحكم الفاعلية البشرية: فهو طبيعي وثقافي، كوني ونسبي في نفس الوقت. طبيعي كوني لأنه يمس الماهية الإنسانية، ويخاطب الإنسان بما هو إنسان؛ وثقافي نسبي لأن بتحوله من فكرة ومبدأ إلى واقع معيش يتجذر في القيم والمؤسسات والتاريخ

---

1 المنهج السديد في شرح كفاية المريد لأحمد بن عبد الله الزواوي ت:أ.مصطفى مرزوقي دار الهدى ص23.

2 الموافقات ج322/2.

3 الموطأ للإمام مالك برواية يحي بن كثير الليثي كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق رقم:1461 دار الفكر ط2005-1425/1 ص522 قال ابن عبد البر :"هكذا الحديث في الموطأ عند جميع الرواة مرسلا وقد رواه الدراوردي عن عمرو بن يحي عن أبيه عن أبي سعيد مسندا،(الاستذكار أبو عمر بن عبد البر ت:د.عبد المعطي أمين قلعجي كتاب الأقضية دار قتيبة دمشق دار الوغى حلب القاهرة ط1993-1414/1 م221/22.

4 البخاري كتاب الشهادات باب القرعة في المشكلات حديث رقم 2686ص438.

5 النظريات الفقهية من104الى109.

الخاص بهذا المجتمع أو ذاك، قال جون لوك John Lock [1] :" الحالة الطبيعية التي وجد عليها جميع الأفراد، وهي حالة الحرية الكاملة في تنظيم أفعالهم والتصرف بأشخاصهم وممتلكاتهم ضمن قيود قانون الطبيعة، دون أن يستأذنوا إنسانا أو يعتمدوا على إرادته، لأن المخلوقات المنتمية إلى النوع والرتبة نفسها المتمتعة كلها بالمنافع نفسها وباستخدام الملكات نفسها، متساوية في حالة الطبيعة" أي الحرية والمساواة ، قبل أن تقوم فيهم سلطة تحد من حقهم في ممارستهما "[2].

ثانيا : الأخلاقية القانونية

إنّ الحق لايعني فقط استمتاع الذات بشيء، بل يعني أيضا إلزام الغير به مادامت حقوق الشخص هي واجبات الغير نحوه وحقوق الغير هي واجبات ذلك الشخص. وبما أنّ مفهوم الواجب يوحي بمعاني الإكراه والإلزام– أي أنّ الحق بين الإلزام والالتزام– فالحرية كامنة في الامتثال للقوانين التي نشرعها لأنفسنا، والخضوع لها هوخضوع للإرادة العامة وبهذا الامتثال تكتسب الأفعال الإنسانية طابعا أخلاقيا افتقدته في حالة الطبيعة.

المطلب الثالث : مخالفة التعسف للحق

الفرع الأول : في المفهوم

ممّا سبق يتبين أنّ مابين التعسف والحق من التقابل هوالتباين الظاهر،حتى أنّ الفقيه الفرنسي "بلانيول Planiol قال:"ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما لسبب غير قابل لأن يدحض وهو أنّ العمل الواحد لا يمكن أن يكون في وقت ما متفقا مع القانون ومخالفا له[3]وإن كانت نظرة بلانيول نظرة قانونية أي أنّه باين بين المفهومين استنادا إلى القانون، إلا أنّ النظر في تباينهما ينبغي أن يكون أولا على مستوى التصور، وقد قدمنا أنّ النّسبة فيما بينهما التباين وذلك بناء على الجهات التالية :

البند الأول : الإطلاق والتقييد

فالحق كما تقدم نسبي ومعنى ذلك أنّه ليس على إطلاقه حتى وإن ملك بقوة الشرع أو القانون ،وذلك بالنظر إلى مافيه من تخصيص واستثناء ،أما التعسف فيفيد القوة المطلقة التي لا يقف في وجهها أي مانع أو حاجز ، فهو تصرف بغض النظر عن الاستثناء أو التخصيص، أو بمعنى آخر هو تصرف اعتباطي لا ينظر إلى حدود الفعل المتصرف فيه .

---

1 فيلسوف تجريبي ومفكر سياسي إنجليزي. ولد في عام 1632 في رنجتون Wringiton وتعلم جامعة أوكسفورد،وفي عام 1667 أصبح طبيباً خاصاً لأسرة أنتوني آشلي كوبر (1621-1683)وتوفي عام 1704(الموسوعة العربية العالمية)

2 الحضارة الإسلامية بين أصالة الماضي وآمال المستقبل علي بن نايف الشحود.موقع المشكاة www.meshkat.net

3 دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق ص14

البند الثاني : الانفراد والاشتراك

فالحقّ كما تقدّم يمتاز بصفة الاشتراك ؛ وما من حق لشخص إلاّ ويشترك فيه معه الشرع أو القانون أوشخص آخر أو جماعة، أمّا التعسف بمعناه المتقدم فيفيد الانفراد والأنانية والاستبداد ؛لأنه إقدام على فعل ما دون مراعاة جهات الاشتراك المذكورة فهو تصرف مشبع بروح الفردية.

البند الثالث : الالتزام والتحرر

الحق كما سبق هو التزام أي مراعاة الحدود والضوابط في إيقاع الحق ،وهذا الالتزام نابع إمّا من مصدر الحق كالشرع والقانون أو العرف أومّا تواضع الناس عليه من مراعاة المصالح التي تلتقي وتتقاطع فيما بينها، أمّا التعسف فهو تحرر وتنصل من الالتزامات المفترضة أثناء ممارسة الحق.

الفرع الثاني:في الماصدق

ونقصد بالماصدق الأفراد التي يتنزل عليها مفهوم الماهية ، وهي أمران البواعث والنتائج.

البند الأول:في البواعث و البدايات

فالمطالبة بالحقّ يحرّكها ثبوت الحق ووجوبه للشخص ؛ ممّا يعطيه قوة يستند إليها في أخذه، فالباعث هو إثبات الثّابث أي تحصيل حاصل وليس فيه أي نوع من التعدي أو التجاوز ، لكنّ التعسف مجرّد عن الحق فهو لا ينبعث منه ، فالباعث غير الحق ، وهذ القصد يتضح عند المآل أي حينما يتم الفعل فتظهر تلك الصورة الحقيقية له من الموافقة للمعقول من شرع وقانون أو من مخالفة له ، على قاعدة أنّ القصد هو أول الفكر، وأنّ أوّل الفكر هو آخر العمل. قال زهير:

ومهما تكن عند امرئ من خليقة وان خالها تخفى على الناس تعلم[1]

البند الثاني : في النتائج و الغايات

فالحق له نتيجة واضحة هو استيفاء ماثبت للذمة من الأعيان أو المنافع بقوة الشرع أو القانون ، أما التعسف فنتيجته هو الضرر المحقق اللاحق بالغير، والضرر الذي يتحقق نهاية هو العلامة الفارقة بين الحق والتعسف وكأنّه يكشف بأثر رجعي عما بُيِّت من النّيات التي كانت خفية ، فقاعدة الضرر أنه صفة كاشفة للباعث.

1 ديوان زهير ابن أبي سلمى اعتنى به وشرحه:حمدو طماس دار المعرفة بيروت لبنان ط2-2005 ص18.

المبحث الثاني : فُرَقُ الزواج

المطلب الاول: مفهومها

الفرع الاول: تعريفها

البند الاول : لغة

الفُرَقُ جمع فُرْقَة بالضم كغُرَف جمع غُرْفة ،والفرقة مصدر الافتراق، وفَرَقَ وافترق وفرَّق بالتشديد أي المباينة خلاف الجمع ،ويقال فرّق للصلاح وفرق للفساد[1] ،والفَرْق في المعاني والتفريق في الأعيان؛ يقال فرقت بين الحكمين مخففا ،وفرقت بين الشخصين مشدّدا ، لأنّ الأجسام كثيفة والمعاني لطيفة، فأعطي الخفيف للطيف ،وأعطي الشديد للكثيف [2].

البند الثاني : اصطلاحا

أوّلا: شرعا :هي انحلال رابطة الزواج ،والفصل والمباينة بين الزوجين ،سواء بطلاق أو غيره [3].

ثانيا : قانونا : لم يعرف ق.أ الفرقة تصريحا وذلك لوضوحها وظهور معناها الذي هو انحلال الرابطة الزوجية، هذا المعنى نص عليه المشرع في م 47:[تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة][4]،وم 48 معدلة :[مع مراعاة أحكام م 49أدناه ،يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في م 53و54من هذا القانون][5] .

وهاتان المادّتان ذكرتا كيفية انحلال الرابطة الزوجية ،فذكرت الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي والتطليق بطلب من الزوجة لأسباب معلومة ،والوفاة وهذه المذكورات هي أهم العوامل التي تنحل الرابطة الزوجية بها ،إضافة للفسخ المذكور في موادّ أخرى،ولم يذكره هنا اكتفاءً بذكر أهمّ الأسباب والتي يكاد يكون وقوعها أصليا ،أمّا الفسخ فلكونه طارئا فلم يذكره اكتفاء بذكر الغالب ،لأنّ قضايا الفرقة في المحاكم تنصبّ على أحد تلك الأسباب،أمّا الفسخ فلا يكاد يوجد ،لأنّه إمّا أن يكون في متّفق على فساده أو لطروء المحرمية فهذه يبثّ فيها على مستوى المجتمع أي لدى الأئمة أو الأعيان ،وإمّا أن تكون لردة أحد الزوجين وهذا نادر ،أو منعدم.

---

1 لسان العرب ص3397"

2 الكليات للكفوي ص695 .

3 المنثور في القواعد للزركشي ت:د.تيسير فائق حمودة وزارة الوقاف والشؤون الإسلامية الكويت ج3ص 24

4 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18-محرم 1426 /27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9رمضان 1404 /9يونيو 1984 والمتصمن قانون الأسرة ،العدد15 م20/47

5 ق.أ.ج.ر ،العدد21/15 .

إلا أنّ ما يؤاخذ على المشرع في هاتين المادّتين التكرار المنافي للاختصار ،فمعناهما واحد ،ولا زيادة إلا بالوفاة ،فلو أدمجتا في نسق واحد مع إضافة الفسخ لكان أفضل ،وسيأتينا النص المقترح.

الفرع الثاني :أنواعها

الفُرق أنواع كثيرة أنهاها بعض الفقهاء إلى عشرين فرقة ، وأهمها : الطلاق والإيلاء والخلع واللعان وفرقة العيب وطروء المحرمية وعدم الكفاءة والغبن في المهر وخيار البلوغ والإفاقة وإباء أحد الزوجين الإسلام وردته وفساد العقد وسوء العشرة وعدم الإنفاق والغيبة ،إلاّ أنّه يمكن إرجاع هذه الأنواع إلى أصلين هما الطلاق والفسخ وعليه سنتناول من هذه الفرق ما يتصل بموضوعنا مدرجين إيّاها تحت ذينك الأصلين؛ فيتحصل لنا منها الطلاق والخلع والإيلاء والظهار وفرقة الكفاءة وسوء العشرة وعدم الإنفاق والغبن في المهر،وأما غيرها فليس بذي صلة للموضوع لذا لم نتعرض له .

البندالاوّل : الطلاق

الطلاق إمّا بعوض وهو الخلع ،وإمّا بغير عوض والأول أقوى من الثاني لكون الطلاق معه بائنا ومع الثاني رجعيا ، إلا أنّنا سنؤخره نظرا لكثرة مباحثه ،وهو مندرج في الطلاق ،فلا يتوهم أنه قسيم له بل قسم

أوّلا : تعريفه1-:لغة : هو **الإرسال** كأطلقت الناقة للمرعى أرسلتها إليه، [1]،**والترك** كطلق البلاد تركها :   مراجع نجد بعد فرك وبغضة   مطلق بصرى أشعث الرأس جافله [2]

والبينونة، قال :   أَجارتنا بِيني فإنك طالقة   كذاك أُمور الناس غادوطارقه

وحل الوثاق كأطلق الفرس والأسير أنشد سيبويه:[3]

طليق الله لم يمنن عليه   أَبو داود وابن أَبي كبير[4]

2- اصطلاحا:أ- شرعا: تكاد عبارات الفقهاء تتفق على تعريف الطلاق فعرفه الحنفية بأنه :"رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقامها "

---

1 لسان العرب باب الطاء ج22 ص2692 .

2 البيت لأبي الربيس الثعلبي ديوان الحماسة أبو تمام الطائي التوفيق مصر ط1322 ص59.

3 أبو بشر عمرو بن عثمان بن قنبر البصري، (140 هـ/760 م-180 هـ/796 م) إمام العربية وشيخ النحاة،له الكتاب" في النحو أول كتاب يدون قواعد اللغة ، أخذ عن الخليل بن أحمد الفراهيدي. "وفيات الأعيان لابن خلكان ت:د.إحسان عباس دار صادر بيروت ب.ت.طج463/3.

4 الكامل في اللغة والأدب، أبو العباس محمد بن يزيد للمبرّد ت محمد أبو الفضل إبراهيم ،دار الفكر العربي – القاهرة ط 1417 هـ - 1997 م ج29/3

ومعنى في الحال أي البائن ،وفي المآل أي الرجعي ،والألفاظ المخصوصة أي المشتملة على طلاق فخرج الفسوخ ويقرب منه تعريف الشافعية والحنابلة بأنه :"حل عقد النكاح بلفظ الطلاق[1]

وعرفه المالكية:":الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبٌ تكريرها مرّتين للحرّ ومرّة لذي الرّقّ حرمتها عليه قبل زوج " وهو جامع مانع وشرحه كالآتي:

قوله صفة حكمية :خرجت الذاتية كالبياض والسواد ودخل بقوله ترفع ..:الظهار والإيلاء واللعان والرضاع وخرجت هذه الأربعة بقوله موجب تكريرها ..؛ إذ الظهار والإيلاء لا محظور في تكريرهما إن كان كلما ظاهر وإلا كفر، واللعان والرضاع تلزم منهما الحرمة قبل التكرير ، وقوله حلية متعة الزوج لأن المتعة لا ترفع بل حكمها وهو الحل [2].

ب–قانونا : عرفه ق.أ،84/11 في م 48 بأنه:[هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج][3] ،كان هذا التعريف جاريا على القواعد المعلومة في الطّلاق من أنّه بيد الزوج ، كما سنذكره في موضعه ،لكنّ المشرع عدّل هذه المادة ،وجعل الطلاق مشتركا بين الزوج والزوجة في حالة الاتفاق أو الاختلاف ،فذكرت م 48معدلة [..يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في م53و54من هذا القانون][4]،وثمّت ملاحظات نجملها فيما يلي:

1– المشرّع هنا لم يعرف الطلاق ، بل ذكر طرقه بقوله "يتم "فلا مؤاخذة عليه من هذه النّاحية ،لأنّ الفرقة كما سنذكر يوقعها الزوج أو الزوجة أو الحكمان أو القاضي ، ولأنّ إسناد الطلاق إلى الرجل وحده نوع من استئثار الزوج بحل العصمة وهو إلغاء للمرأة في نظر البعض .لذا عدل عن النص القديم واكتفى بذكر الطرق التي يتم بها الطلاق.

2– تنصّل المشرع من إعطاء الكنه الحقيقي للطلاق ،بتعديل المادة السابقة ليس فيه نوع من الانحياز والإيثار للمرأة ،لأنّ ما ألغاه من تعريف الطلاق أدرجه في التعديل بقوله:"يتم بإرادة الزوج "فهو مجرد تغيير شكلي ،يبرره التوفيق الجميل بين الأضداد ،في خضمّ صراع على الهوية.

---

1 رد المحتار على الدر المختار،ابن عابدين ت:عادل أحمد عبد الموجود ،علي محمد معوض ، دار عالم الكتب الرياض طبعة خاصة 2003 ج4ص429،والمغني 7 / 296 ، ومغني المحتاج للشربيني ، ت:علي محمد معوض عادل أحمد دار الكتب العلمية ط1415/1-1994، ج 4/ 279

2 شرح حدود ابن عرفة الرصاع ت:أبو الأجفان دار ابن حزم ط1993/1 ج271/2.

3 ق.أ.ج.ر م21/48 .

4 ق.أ.ج.ر م21/48.

وهذا بخلاف بعض القوانين العربية الأخري كالموريتاني حيث تبنّى نفس التعريف السابق في م83:[الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج] [1]

وإن كان غير جار على التعاريف الإصطلاحية إلاّ أنّه أبقاه خالصاً للزوج.

أمّا القانون المغربي فقد جعله بيد الزوجين وربطه بالقضاء في م 78[الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة][2]

3– ما يؤاخذ به المشرِّع أيضا ،أنّه لم ينصّ على صفة من يوقع الطلاق ،لأنّ الأزواج أصناف مجنون وعاقل ،جاد وهازل ، مخطئ وجاهل، هادئ وغاضب ،سكران ومُكرَه.

كما أنّه لم يذكر مايقع به الطلاق من الألفاظ والكنايات والكتابات والإشارات ..،والسبب في ذلك أنّ المشرع يريد أن يقيد الطلاق ،ويجعله بيد القاضي ،لكن يشكل عليه أنّ الطلاق يقع بمجرد نطق الزوج به ،سواء وافق القاضي أم لا ،وحرمة الفروج بالطلاق لايستحلها القاضي بالقرار

لذا نقترح على المشرع أن يضيف مادة يبين فيها أركان الطلاق –كما نص على أركان الزواج –من صفة المطلق ،وبم يقع ،ويدرج فيها أنواعا من الطلاق اشتبه أمرها كطلاق الغضبان والهازل والطلاق في الحيض ،لتجنب استحلال ما قد حرم بهذه الطلاقات،وتكون المادة على النحو التالي:

[أركان الطلاق أربعة :الأهلية بالتكليف ولو هازلا أو غاضبا لا كمجنون واللفظ إمّا صريحا وهو لفظ الطلاق ،وإمّا كناية ظاهرة كالسراح والفراق فكالصريح أو خفية يُنوَّى فيها وفي عددها كاذهبي والمحلّ وهو الزوجة في عصمة أو في عدة من رجعي]. وسيأتينا تفصيل ذلك.

ثانيا: أقسامه

للطلاق أقسام مختلفة بحسب النظر إليه نجمعها في هذه الاعتبارات الأربع:

1–باعتبار الصيغة:

ينقسم إلى صريح وكنائي فالأوّل :اتّفق الفقهاء على أنّ الصريح ماثبت حكمه الشرعي بلا نية، أو هو مالم يستعمل إلاّ في حلّ عقد النكاح عربيا كان أو غيره ،لغة أو عرفا ،وعليه فصريح الطلاق عند المالكية والحنفية هو مااشتقّ من مادة ط–ل–ق .

وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنّ صريح الطلاق ثلاثة :الطلاق والسراح والفراق .

1 مدونة الأحوال الشخصية قانون رقم 052–2001 الباب الثاني :انقضاء الزوجية الفصل الأول الطلاق ص12

2 ظهير شريف رقم 10.4.22 صادر في 12 ذي الحجة 3/1424فبراير2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03بمثابة مدونة الأسرة ،الجريدة الرسمية م78عدد 5184 - 2004/2/5 ص428.

والثاني :فما وراء الصريح من الألفاظ ممّا يحتمل الطلاق وغيره ،وهو قسمان كناية ظاهرة كالبتة وحبلك على غاربك وخلية وبرية ، وكناية خفية نحو اذهبي وانطلقي وانصرفي[1].

2-باعتبار الوصف الشرعي

ينقسم إلى سنّي وبدعي :

أ-السنّي:عند المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية: أن يطلقها واحدة من غير إرداف عليها في طهر لم يمسها فيه[2] ، وعند الحنفية نوعان حسن وأحسن، فالأوّل أن يطلقها واحدة رجعية في طهر لم يمسها فيه ،ثم يتركها حتى تنقضي عدتها أو كانت حاملا قد استبان حملها والثاني أن يطلقها واحدة في طهر لم يواقعها فيه ثم يطلق في الطهر الآخر واحدة ثم في الطهر الثالث واحدة فتبين[3].

ب-الطلاق البدعي وهو الطلاق الذي يوقعه الزوج مخالفا فيه السنّة ،بأن يطلق المرأة لغير عدتها، فصوره هي:(أن يطلقها في طهر قد مسها فيه أو في حيض أو يردف على الواحدة أو يتبعها طلاقا في العدة أو يطلقها في طهر إن طلقها في حيض قبله)[4].

والدّليل على هذا التقسيم ماذكره مالك في الموطأ "ما هو طلاق السنة "[5]، والبخاري :وطلاق السنة أن يطلقها طاهرا من غير جماع ويشهد شاهدين [6] وباقي أصحاب الصحاح والسنن ،كالنّسائي[7] والبيهقي[8] والدار قطني "[9]والفقهاء من كل طائفة حتى ابن حزم في المحلى[10]

3-باعتيار الرجعة وعدمها :

1 رد المحتار 4/ 457 ، وحاشية الشرح الكبير الدسوقي دار الفكر ط2002،ج595/2 ومغني المحتاج 3 / 280 ، والمغني لابن قدامة دار الكتاب العربي ط1983 263/8

2 مختصر خليل دار الفكر ص132.

3 المدونة الكبرى مالك بن أنس ت : زكريا عميرات دار الكتب العلمية م65/2 بدئع الصنائع للكاساني دار الكتب العلمية ط2-1986 ج3ص88.

4 بدائع ص89 ، مواهب الجليل الحطاب دار الفكر ط1-2002 ج45/4

5 الموطأ كتاب الطلاق باب جامع الطلاق رقم:1246 اص415

6 البخاري كتاب الطلاق باب قوله تعالى :يأأيها النبئ إذا طلقتم مكتبة دار السلام ودار الفيحاء ط2-1999 ص937

7 النسائي كتاب الطلاق طلاق السنة ، رقم 5557 إشراف شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة ط1 1421-2001 ج249/5

8 معرفة السنن والآثار البيهقي ت:د.عبد المعطي أمين قلعجي دار الوغى حلب-القاهرة ط1411/1-1991كتاب الخلع والطلاق ج36/11 .

9 سنن الدارقطني أول كتاب الطلاق وغيره حديث رقم:3898 ت:شعيب الأرناءوط حسن عبد المنعم شلبي سعيد اللحام مؤسسة الرسالة ط1424/1-2004 ج12/5

10 المحلى إدارة المطبعة المنيرية مصر،ط1347/1 ج173/10.

ينقسم الى رجعي وبائن فالرجعي :هو الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في عدتها من غير رضاها وبدون عقد جديد ولا مهر، والأصل في الطلاق أنه رجعي؛ إلا الطلاق قبل الدخول، أو على مال، أو ما كان مكمّلا للثلاث، أو التطليق بسبب الضرر، وأما البائن فهو إما بينونة صغرى وهو الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد ومهر جديد وبرضاها وإما بينونة كبرى وهو الطلاق الثلاث مجموعا أو متتابعا ، وزادالأحناف إذا وصفه الزوج بأنه طلاق بائن كأن يقول لها أنت مطلقة طلاقا بائنا ، أوقرن الطلاق بأفعال تدل على البينونة[1].

4-باعتبار الصيغة :ينقسم إلى ثلاثة أقسام :أ-الطلاق المنجّز:ماقصد به الزوج إيقاع الطلاق في الحال من غير تقييد بصفة ولا يمين ويسمى مرسلا ومطلقا وهو الأصل في الطلاق.

ب-الطلاق المضاف :وهو أن يضيفه إلى زمن معين بحيث يرتبط إيقاع الطلاق بهذا الزمن .

ت-الطلاق المعلق :والتعليق ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى وهو لفظي أي رُتِّب وقوعه على حصول أمر ما في المستقبل بأداةمن أدوات الشرط كأن يقول:إذا خرجت من الدار فأنت طالق ، ومعنوي وهو المعلق على شرط من حيث المعنى: كقوله: عليّ الطلاق سأفعل كذا.[2]

أمّا القانون فذكر الخلع في م54 ،والتطليق في م53 والطلاق بقسميه الرجعي في م 50 قا.أ :[من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد][3] وأشار إلى البائن في م 51:[لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره ،وتطلق منه او يموت عنها بعد البناء].[4]

وبتحليل المادّة الأولى نلاحظ أوّلا: أنّ المشرّع أخذ بضابط الصلح للرّجعي ، وحُكْم القاضي للبائن وهذا الأمر منطقي بالنسبة إلى ماورد في م 49:[لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي ..]،استنادا -حسب الظاهر- للقانون الفرنسي الذي جعل الطلاق بيد القاضي :[فيما عدا حالة الوفاة لا ينحل الزواج إلا بحكم قضائي ويصدر هذا الحكم من القاضي المختص بناء على طلب من أحد الزوجين].[5]

---

1 بدائع ج3ص187 ،مواهب الجليل ج4 ص117.

2 رد المحتار ج589/4 ،مواهب الجليل ، ج5/ 86. المغني ج328/8 .

3 ق.أ.ج.ر م20/50

4 ق.أ.ج.ر م20/51

5 مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثاني يوليو1984 ص225 مطبعة جامعة عين شمس

ثانيا :ترتيب آثار الطّلاق الرجعي على الطلاق البائن فيما يتعلق بالميراث في م 132 قا.أ[إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث]. [1]
وقد تنقضي العدة قبل صدور حكم القاضي ، فلو توفي أحدهما فقد يرث لعدم صدور الحكم بالطلاق وهذا على خلاف ما نص عليه المشرع في م 132 قا.أ فحينئذ يكون المشرع بصدد الخلط بين آثار البائن والرجعي.

ويظهر الإشكال أيضا في م51 قا.أ على أنّه:"[لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء][2]

فهل المقصود أن يطلق الرجل ثلاث مرات ، من تلقاء نفسهّ،أو بعد صدور أحكام قضائية ،فإن كان الأول فهو يناقض م 49وم50 اللتان تشترطان صدور الحكم القضائي لثبوت الطلاق ،وإن كان الثاني وبالتنسيق مع م 49 قا.أ فلا يقع ثلاثا إلا بعد صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية؟.

والإشكال الثاني يظهر في تفسير الطلاق الثلاث ،هل المقصود به الطلاق السني ،أي يطلق في كل طهر طلقة وهذا مايظهر من قوله متتالية ،أو المقصود هو الثلاث المجموعة في مجلس واحد كأنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق أو في كلمة واحدة كأنت طالق ثلاثا ،إذا فسرنا معنى متتالية في المادة بقصد التأسيس لا بقصد التأكيد ،ولأنّ المجلس الأعلى قضى في قراره الصادر بقوله:[الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث فإنه ينصرف إلى طلقة واحدة بائنة][3]. فلا ترجع الزوجة إلا بمهر وعقد جديدين.

إذًا ذِكْرُ المشرع لقسمي الطلاق بالإرادة المنفردة وبالتراضي ليس ذكرا لأنواع الطلاق بل لطرقه وأساليبه ،ومعلوم ضرورة أن طريق الشئ غير ذلك الشئ .

فالطلاق بالإرادة المنفردة في م 48 ق.أ :[مع مراعاة أحكام م 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...]،[4] يكون على أساس رفع دعوى قضائية ولسبب من الأسباب التي يدّعيها ويكون ذلك وفقا لشروط معينة.

وأما الطلاق بالتراضي فيتم بدون خصام ونزاع، بل يفترقان بالإحسان بالشروط التالية:

–أن يتم بناء على طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين.

---

1 ق.أ.م132/ 15.
2 ق.أ.ج.ر م21/51 .
3 م.ق ملف رقم:36709 قرار 1985/04/08
4 ق.أ.ج.ر م48 /21 .

-الأهلية الكاملة، وكون إرادتهما غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه مثلا.

- إجراء محاولة الصلح[1].

البند الثاني: الخلع

أولا: تعريفه

1-لغة : حاصل المعاني من خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه: **النزع** إلا أن في الخلع مهلة ،كخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا **والترك** نحو حديث كعب :(إن من توبتي أَن أنخلع من مالي صَدقة)[2]، أَي أخرج منه **والنقض** كخلع الربقة عن عنقه نقَض عَهْدَه **والإطلاق** كخلع دابته أطلقها من قيدها قال:

وكل أناس قاربوا قيد فحلهم ونحن خلعنا قيده فهو سارب

والإزالة كخلع امرأَته خلعا بالضم وخلاعا فاختلعت وخالعته أزالها عن نفسه وطلّقها على بَذْل منها له فهي خالعٌ أَنشد ابن الأَعرابي[3]: مولعات بهات هات فإِن شفـــــــــــر مال أردن منك الخلاعا

وسمُي ذلك الفراق خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن فقال:

﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ البقرة: 187[4].

2-اصطلاحا :**أ-شرعا** : عبارات الفقهاء تجمع على أنه فراق مقابل البدل ، مع اختلاف في التعاريف ، فعند الحنفية:هو إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو مافي معناه المتوقفة على قبول الزوجة [5].

المالكية:هو طلاق بعوض وقد يكون بدون عوض إذا كان بلفظ الخلع[6].

الشافعية:هو فرقة بعوض مقصود لجهة الزوج بلفظ طلاق أوخلع كما يقع بكل كنايات الطلاق[7].

الحنابلة:فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة[8].وقال الإباضية:فداء ببعض الصداق[9].

---

1 الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري العربي بلحاج ديوان المطبوعات الجامعية ط2010/6. ج65/2

2 البخاري كتاب المغازي باب حديث كعب بن مالك حديث رقم:4418 ص749.

3 أبو عبد الله محمد بن زياد الكوفي أحد علماء اللغة ، أخذ عن الكسائي، وأخذ عنه إبراهيم الحربي و ابن السكيت ولد في رجب سنة 150 وتوفي لأربع عشرة ليلة خلت من شعبان سنة 231 بسر من رأى(وفيات الأعيان 306/4)

4 لسان العرب باب الخاء ج15ص1232 .

5 رد المحتار ج5ص83 .

6 المدونة م86/2 ،مختصر خليل ص130 .

7 المبدع شرح المقنع لابن مفلح، دار عالم الكتب، الرياض ط: 1423هـ /2003م ،ج202/7.

8 المغني لابن قدامة ، ج8ص173 دار الكتاب العربي بيروت لبنان ط.جديدة 1983

9 شرح كتاب النيل وشفاء العليل أطفيش ، مكتبة الإرشاد جدة دار الفتح بيروت ط1973/2 ج274/7

الظاهرية:هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها منه إن رضي [1] .

والتعريف المختار منها هو تعريف المالكية لأنه بيّن ماهية الخلع هل هو طلاق أو فسخ

بخلاف التعاريف الأخرى فلم تبيّن ذلك ،بل عبرت بما هو أعمّ كإزالة ملك النكاح في تعريف الحنفية والفرقة في تعريف الشافعية والحنابلة والافتداء في تعريف الظاهرية والإباضية .

والقول أنّه طلقة بائنة روي ذلك عن سعيد بن المسيب[2] و الحسن[3] و عطاء[4]وشريح [5] والنخعي [6] و الشعبي[7] و الزهري [8]ومالك[9] والأوزاعي[10] وأصحاب الرأي والظاهرية وأبو حنيفة [11]وسفيان [12]، وهو أحد قولي الشافعيﷺ.محتجين بما يلي:

1– أنّ الأمّة مجمعة على أنّه فسخ أو طلاق ، وليس بفسخ ، وإلاّ لما صح بالزيادة على المهر المسمى، وإذا خالعها ولم يذكر المهر وجب أن يجب عليها المهر ، كالإقالة ، فإنّ الثمن يجب رده ، وإن لم يُذكر ولما لم يكن كذلك ثبت أنّ الخلع ليس بفسخ ، فهو طلاق.

---

1 المحلى لابن حزم ج10ص235 .

[2] أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن مخزوم القرشي المدني؛ أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ولادته لسنتين مضتا من خلافة عمر ﷺوتوفي بالمدينة سنة 91 وقيل إنه توفي سنة 105 (وفيات 375/2)

[3]أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري؛ من سادات التابعين وكبرائهم، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالمدينة، ويقال إنه ولد على الرق، وتوفي بالبصرة مستهل رجب سنة عشر ومائة (وفيات69/2)

[4] أبو محمد عطاء بن أبي رباح أسلم المكي توفي سنة 115، وقيل أربع عشرة ومائة، وعمره ثمان وثمانون (وفيات 261/3)

[5] أبو أمية شريح بن الحارث الكندي، من كبار التابعين، استقضاه عمر توفي سنة 87 وهو ابن مائة سنة،(وفيات460/2).

[6] أبو عمران، إبراهيم بن يزيد بن مالك بن النخع، الفقيه، الكوفي، النخعي؛ أحد الأئمة ، تابعي رأي عائشة رضي الله عنها ، ولم يثبت له منها سماع . توفي سنة 95، وله 49 سنة(وفيات25/1)

[7] أبو عمرو عامر بن شراحيل الشعبي كوفي تابعي ولد في سنة 21 بالكوفة. وتوفي بها سنة104 (وفيات12/3)

[8] أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب الزهري أحد الفقهاء والمحدثين، والأعلام التابعين بالمدينة، رأى عشرة من الصحابة رضوان الله عليهم ولدسنة51هـ وتوفي ليلة الثلاثاء لسبع عشرة ليلة خلت من شهر رمضان سنة 124وهو ابن 72 (وفيات 178/4)

[9] الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن خثيل ابن عمرو بن ذي أصبح (المدني إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأعلام ولد سنة 95هـ. وتوفي في شهر ربيع الأول سنة 179 (وفيات135/4)

[10]بو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي إمام أهل الشام ولد ببعلبك سنة 88هـ، وتوفي ليلة الأحد لليلتين بقيتا من صفر سنة 157 بيروت(وفيات173/3).

[11] أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى بن ماه الفقيه الكوفي، أدرك أربعة من الصحابة، ولد سنة 80هـ وتوفي في رجب، 150هـ(وفيات 405/5)

[12] أبو عبد الله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي ، من الأئمة المجتهدين ولد سنة 95هـ وتوفي 161هـ (وفيات386/2)

2–و لأنّها بذلت العوض للفرقة ،والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقا ،ولأنّه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها فكان طلاقا.

وقيل أنّه فسخ وهو رواية عن أحمد وقول لابن عباس و أبي ثور وأحد قولي الشافعي ودليلهم:

1– قوله تعالى ﴿ **ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ** ﴾ ثم قال﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ** ﴾ ثم قال ﴿ **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا** ﴾ **البقرة**:229 ، فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ[1]، وبما رواه الترمذي وأبو داود والدارقطني عن ابن عباس:(أنّ امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله ﷺ فأمرها رسول الله ﷺأن تعتد بحيضة)[2]..

2–عن الربيع بنت معوذ بن عفراء أنها اختلعت على عهد النبي ﷺ" فأمرها النبي ﷺأو أمرت أن تعتد بحيضة" . قال الترمذي: حديث الربيع الصحيح أنها أمرت أن تعتد بحيضة.[3]

وسبب الخلاف هو هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟ وثمرة الخلاف تظهر في احتساب عدد الطلقات إن قلنا هو طلاق ،وإن خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا ،فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وإن قلنا فسخ لم تحرم عليه وإن خالعها مائة مرة [4].

مناقشة وترجيح

أمّا الآية فقد رد ابن العربي فقال : هذا غير صحيح ، لأنه لو كان كل مذكور في معرض هذه الآيات لا يعدّ طلاقا لوقوع الزيادة على الثلاث لما كان قوله تعالى : أو تسريح بإحسان طلاقا ، لأنه يزيد به على الثلاث ، لأن الله تعالى قال : { الطلاق مرتان } فإن وقع شيء من هذا الطلاق بعوض كان ذلك راجعا إلى الأولى والثانية دون الثالثة التي هي{ أو تسريح بإحسان } فلا جناح عليه فيه ، فإن طلقها ثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره كان بفدية أو بغير فدية[5].

---

1 الجامع لأحكام القرآن ج83/4 .

2 الجامع الكبير الترمذي أبواب الطلاق واللعان باب ما جاء في الخلع حديث رقم 1185ت:د.بشار عواد معروف م476/2 دار الغرب الإسلامي ط1996/1. قال الترمذي: حسن غريب

3 الترمذي أبواب الطلاق واللعان باب ما جاء في الخلع حديث رقم 1185 م477/2 .

4 المغني لابن قدامة ج8ص180 ،بداية المجتهد ابن رشد دار الفكر ط1998-1419. ج2ص56.

5 أحكام القرآن لابن العربي مراجعة محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية ب.ت.ط. ج264/1

وكيف يجوز القول في رجل قالت له امرأته: طلقني على مال فطلقها إنّه لا يكون طلاقا، وهو لو جعل أمرها بيدها من غير شيء فطلقت نفسها كان طلاقا!. قال وأمّا الآية فمعطوفة على الطلاق مرتان، لأن قوله: { أَوْ تسريح بإِحسان} إنما يعني به أو تطليق. فلو كان الخلع معطوفا على التطليقتين لكان لا يجوز الخلع أصلا إلا بعد تطليقتين وهذا لا يقوله أحد.،.والآية تضمنت حكم الافتداء في جميع أنواع الطلاق ،لا أنّه شئ غير الطلاق.[1]

أمّا الحديث فقال أبو داود – لما ذكر حديث ابن عباس في الحيضة: هذا الحديث رواه عبدالرزاق عن معمر عن عمرو بن مسلم عن عكرمة عن النبي ﷺمرسلا. وحدثنا القعنبي عن مالك عن نافع عن ابن عمر قال:"عدة المختلعة عدة المطلقة. قال أبو داود: والعمل عندنا على هذا"[2].

وحديث ابن عباس في الحيضة مع غرابته كما ذكر الترمذي، وإرساله كما ذكر أبو داود فقد قيل فيه: إنّ النّبيّﷺ (جعل عدتها حيضة ونصفا)، أخرجه الدارقطني من حديث معمر عن عمرو بن مسلم عن عكرمة عن ابن عباس: أنّ امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها (فجعل النبي ﷺعدتها حيضة ونصفا)[3]. والراوي عن معمر هنا في الحيضة والنصف هو الراوي عنه في الحيضة الواحدة، وهو هشام بن يوسف أبو عبدالرحمن الصنعاني اليماني: خرج له البخاري وحده فالحديث مضطرب من جهة الإسناد والمتن،فسقط الاحتجاج به في أنّ الخلع فسخ، وفي أنّ عدّة المطلقة حيضة، وبقي قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾البقرة: 228،نصّا في كل مطلقة مدخول بها إلاّ ما خصّ منها كما تقدم[4]

وعليه يترجّح القول الأوّل لقوّة أدلّتهم خاصّة أنّ الخلع لم يزد على الطلاق إلاّ بمال فالجوهر واحد ، ولا اختلاف إلاّ بالمقابل .

أ–قانونا:تطرق ق.أ إلى الخلع في م 54و55 لكن تفادى التعاريف ،ولم يبيّن ماهية الخلع هل هو طلاق أوفسخ ،ولم يبين أركانه ولا صفته هل هو بائن أو رجعي ؟.

وعليه نقترح على المشرع إضافة مادة تتعلق بالخلع يبين فيها ماهيته وأركانه وصفته وضوابطه مسندا ثبوته إلى القاضي كما فعل في الطلاق؛ وتكون على النحو التالي :[يجوز الخلع وهو طلاق بائن على مال،

1 بداية المجتهد ابن رشد ج56/2 .

2 سنن أبي داود كتاب الطلاق باب في الخلع ، رقم:2229 م513/1 .

3 سنن الدار قطني ت:شعب الرناؤوط حسن شلبي سعيد أول كتاب الطلاق وغيره ، رقم:4026اللحام مؤسسة الرسالة ط1434/1–2004 ، ج83/5.

4 الجامع لأحكام القرآن القرطبي ت:د.عبد الله التركي مؤسسة الرسالة ط1437/1–2006 ج86/4

من خالع أهل للطلاق ،ومختلعة أهل للتصرفات المالية بصيغة صريحا أو كناية وبدل كالمهر فإن ضارها لتفتدي طلقت ورد العوض وللقاضي النظر في الخلع بغير رضا الزوج].

كما فعلت بعض القوانين العربية الأخرى كالموريتاني في م92[يصح الطلاق بعوض من المرأة أو من ينوب عنها للمطلق بإسقاطها حقا لها عليه ،يجب أن يكون العوض مما يجوز تملكه شرعا إذا وقع الخلع على الوجه الممنوع مضت الفرقة ولم يكن للزوج شئ][1].

ب-الفرق بين الخلع والطلاق على المال :

الشافعية والمالكية لايفرقون بينهما كلاهما طلاق ببدل ويقع بائنا ، وإن اختلفت العبارات التي يقع كل واحد منها بها،أما الحنفية فيفرّقون بينهما لأنه إذا بطل البدل لكونه حراما ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق على المال يقع رجعيا ،لأن الخلع في هذه الحالة كناية من كنايات الطلاق فيُسقط كل الحقوق الثابتة للزوجين والمترتبة على عقد الزواج أما الطلاق على مال فلا يسقط باتفاق[2] ولم يفرق القانون بينهما بل إنّه لم يتطرق إلاّ إلى الخلع ،أخذا بالمذهب الأول .

ثانيا: أركانه

عند الجمهور غير الحنفية خمسة :القابل والموجب والعوض والمعوض والصيغة ،وأما الحنفية فعندهم ركن واحد هو الصيغة أي الإيجاب والقبول .

1-القابل هو الملتزم للعوض بشرط الرشد فلا يلزم من سفيه وإن كان صحيحا .

2-الموجب هو من يصح طلاقه زوجا أو وكيلا عنه بشرط التكليف ،وعدم المرض مرض الموت.

3-والعوض وهو الشئ المخالع به.

4-والمعوض وهو بضع الزوجة أو العصمة.

5-والصيغة :صريحة كالخلع والفداء والفسخ أو كناية كالإبراء [3].

البندالثالث : الفسخ

أوّلا: تعريفه

1-لغة: حاصل معانيه **النقض**:كفسَخَ الشيءَ يفسَخُه فَسْخاً، **والإزالة** ومنه فسخ المِفْصِل عن موضعه ،**والتفكيك** كفسختُ يدَه أَفسَخُها فسخاً إِذا فككت مَفْصِله من غير كسر، **والتقطع** كتفسخت

1 مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني قانون رقم 2001-052 الفصل الثاني الخلع المادة 92 ص14

2 رد المحتار ج91/5 ،مواهب الجليل ج94/4.

3 الفقه المالكي وأدلته الحبيب بن طاهر الخلع مؤسسة المعارف بيروت ط1-2002 ج13/4-21.

الفأْرة في الماء تقطعت ، **والفساد** كفسخ رأْيُه فَسَخاً فهو فَسِخٌ وفَسَخَه فَسْخاً أَفسده **والفرقة** كفسَخَ الشيءَ فرَّقه، **والنسيان** كأَفْسَخَ القرآنَ نسيه ، و**الطرح** كفَسَخْتُ عني ثوبي إِذا طرحته[1].

2–اصطلاحا

أ–شرعا:لا يخرج الاستعمال الفقهي لكلمة الفسخ عن مدلولها اللغوي عند الفقهاء ، إلاّ أنّهم

اختلفوا في تعريفه هل هو نقض أم حل ؟ وبعبارة أخرى هل هو حلّ للعقد من الأصل أو في الحال؟. فالحنفية والمالكية وقول للشافعية قالوا "بأنّ فسخ العقد رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن"[2]، فعرّفه ابن نجيم [3]:"بأنه حل رابطة العقد"[4]، ويكون في الزواج الصحيح وغيره.

وأمّا المختار عند الشافعية فهو" رفع العقد في حاله لا من أصله "[5].

ثانيا–الفرق بين الطلاق والفسخ :

1–من جهة المعنى:

الطلاق حل قيد النكاح بألفاظ مخصوصة كالطلاق وهو لايكون إلا في الزواج الصحيح.

والفسخ حل رابطة الزواج و يكون في الزواج الصحيح وغيره.

2–من جهة السبب:

فالطلاق غالبا ما تكون الأسباب المؤدية اليه خفية أوخارجية كالعقم، تدخل الأقارب، الزواج بالإكراه ، الخيانة الزوجية، عدم الإنسجام الجنسي ..أمّا الفسخ فأسبابه قسمان: ماهو مقترن بالعقد كالفسخ بسبب خيار البلوغ وعدم الكفاءة. وماهو طارئ على العقد بعد صحته ولزومه ، كردّة أحد الزوجين.

3–من حيث الأثر

أ–من جهة انتهاء الرابطة الزوجية: تنحل بالطلاق في الحال إذا كان بائنا وفي المآل إذا كان رجعيا،أما الفسخ فتنحل به في الحال دائما.

---

1 لسان العرب باب الفاء م5–ج3412/38 .

2 بدائع ج306/5 ، الذخيرة للقرافي ج176/9 الشرح الكبير الرافعي القزويني ج375/8

3 زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي مصري، توفي سنة (970هـ)، ومن مؤلفاته: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، والأشباه والنظائر، والفوائد الزينية في فقه الحنفية،(الأعلام للزركلي 104/3)

4 الأشباه والنظائر ابن نجيم الحنفي أحكام الفسوخ ت:محمد مطيع الحافظ دار الفكر تصوير 1986 عن ط1403/1–1983 ص402.

5 المجموع المهذب النووي ج275/16 .

ب–من حيث وجوب المهر: كل طلاق قبل الدخول يثبت به للمرأة نصف المسمى والمتعة إذا لم يسم لها ،وكل فسخ قبل الدخول لا يثبت به شئ.

ج–من حيث احتساب الطلقات على الزوج:الطلاق يحسب من مجموع الطلقات التي يمتلكها على الزوجة ،أما الفسخ فلا يحسب من مجموع الطلقات التي حددها له الشارع فلو أن الزوج ارتد على الإسلام ثم تاب ورجع إلى زوجته يبقى يمتلك عليها ثلاث تطليقات.

د–من حيث وقوع الطلاق في العدة الرجعية: فالمطلقة الرجعية يتبعها الطلاق عند الجمهور من الفقهاء في عدتها وله ارتجاعها إذا شاء من غير مهر وعقد جديدين، أما الفسخ فإنه يقع بائنا ولا رجعة فيه ولا يتبعها طلاق.لأنه ينقض العقد من أساسه.

4–من حيث الأثر الرجعي : فالطلاق ينحل به قيد النكاح حالا أومآلا، وليس له أثر رجعي.

أمّا الفسخ فقد يكون ذا أثر رجعي ، لأنّه إمّا أن يكون سببه أمر موافق للعقد فيكون ذا أثر رجعي حيث يرجع إلى وقت نشوء العقد ويكون العقد كأنه لم يكن كخيار الإفاقة والبلوغ ، وإما أن يكون سببه طارئا بحيث يكون العقد قبله صحيحا لازما نافذا فهذا لا يمتد أثره إلى وقت نشوء العقد ، وإنما الى وقت طروء سببه[1].

الفرع الثالث:ضوابطها

البند الأول : **ضوابط الطلاق والفسخ**

أولا– شرعا

الفرقة جنس يضم أنواعا ، فإن كانت بإرادة الزوج ولو بنائبه أو بإرادة الزوجة ، أو بقضاء القاضى ووردت على نكاح صحيح سميت طلاقا أو تطليقا ، وإن كانت الفرقة لعارض يمنع بقاء النكاح ، أو تداركا لأمر اقترن بالإنشاء جعل العقد غير لازم سميت فسخا . وهذا القدر متفق عليه فى الجملة بين جمهور الفقهاء ، ولم يتفقوا على ما ينتظمه كل نوع من نوعى الفرقة ، فبعض ما اعتبره بعضهم طلاقا ، اعتبره الآخر فسخا كالفرقة بسبب ردة الزوج اعتبرها الجمهور فسخا ، وقال محمد بن الحسن : هى طلاق ، ويمكننا اختصار ذلك فيما يلي :

1–عند الحنفية : إذا كانت الفرقة من قبل الزوج تكون طلاقا وإذا كانت من قبل الزوجة فهي فسخ وعليه ففرق الطلاق هي :

---

1 بدائع ج336/2.

الطلاق بصريحه وكنايته ،ردة الرجل عند محمد ، الفرقة بلعان ،الفرقة بخيار العيب ، إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت الزوجة عند أبي حنيفة ومحمد.

وفرق الفسخ هي :الفرقة لفساد العقد ،الفرقة بخيار العتق،التفريق لردة الزوج عند أبي حنيفة ومحمد،الفرقة للملك الطارئ لأحد الزوجين على صاحبه،الفرقة بخيار البلوغ ،الفرقة للغبن في المهر ،إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته عند أبي حنيفة ،التفرقة بسبب حرمة المساهرة ،إباء زوجة الأسلام إذا سلم الزوج ولم تكن من أهل الكتاب ،ردة الزوجة ،التفريق لعدم الكفاءة[1]

2–عند المالكية :لهم ضابطان :

الأول إذا كان خلاف في النكاح خارجا عن المذهب وكان مشهورا فالفرقة فيه طلاق مثل الزواج من غير ولي.

والثاني:كل نكاح إذا أراد الأولياء أو غيرهم أن يحيزوه جاز فالفرقة فيه بطلاق وكل نكاح إذا أراد الأولياء أو غيرهم أن يحيزوه لم يجز فالفرقة فيه فسخ.وعليه ففرق الطلاق هي :

الطلاق صريحا أو بالكناية، التفرقة لفساد العقد إذا كان مختلفا فيه وكان الخلاف مشهورا.

التفريق للعيب والإيلاء والإعسار في النفقة أو الصداق ، التفريق بسبب الردة، الخلع التفريق بسب غيبة الزوج التفريق لعدم الكفاءة ، التفريق بسبب المضارة بين الزوجين.

وفرق الفسخ هي:

الفرقة بسبب فساد العقد إذا كان الفساد مجمعا عليه أو فيه خلاف ليس مشهور ، الفرقة بسبب حرمة الرضاع الطارئ، الفرقة بسبب الملاعنة ،إسلام أحد الزوجين،السبي.

3–عند الشافعية.

وضابطهم في ذلك هو، كل فرقة بين الزوجين يوقعها الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل والمفوض يعد طلاقا وماعداه فهو فسخ .

4–عند الحنابلة:

الطلاق ما تكلم به الرجل وما لاختيار المرأة فهو فسخ" وعلى هذا ففرق الطلاق هي الطلاق صريحا أو كناية أو بلفظ الخلع إذا نوى به الطلاق ، والتطليق للإيلاء.

---

1 بدائع ج336/2 .

وفرق الفسخ هي:الخلع بغير لفظ الطلاق أو نيته ،والفرقة لردة أحد الزوجين وللعيوب التي توجب الخيار و الإعسار في الصداق والنفقه أو إسلام أحد الزوجين واللعان والفرقة لطروء المحرمية[1].

ثانيا: قانونا

أشار ق.أ إلى بعض حالات الفسخ كما قدمنا في م 08و32و33و34 فنصت م8 مكرر1:[يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي للشروط المنصوص عليها في المادة 8أعلاه]،وفي م 32معدلة:[يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد]، وفي م33معدلة:[يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا,إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"]، وفي م34:[كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء]، وفي م35[إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا]، [2] وأدرجها تحت عناوين مختلفة هي الفسخ ،والبطلان ،والفسخ قبل الدخول لا بعده ،وهذه العناوين بحالاتها هي:

1–البطلان: ويكون في الحالات التالية:

أ–اختلال ركن الرضا م33 ف1

ب–اشتماله على مانع أو شرط ينافي مقتضى العقد م32

2–الفسخ ويكون في الحالة التالية:

أ–اشتمال عقد الزواج على الزواج بإحدى المحرمات م34

3–الفسخ قبل الدخول فقط:ويكون في الحالات التالية:

أ–الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه 33ف2

ب–إذا لم يستصدر رخصة التعدد م8مكرر1

وفي هذا التقسيم جملة ملاحظات نوردها كما يلي:

1–جعل القانون الفسخ قسيما للبطلان ،وهو في الحقيقة أثر له ،فإنّ الزّواج إذا كان باطلا فإن حكمه الفسخ أي أنّ البطلان وصف ،والفسخ حكم ،ولا معنى للحكم بالبطلان على شئ والحكم بالفسخ على آخر.

---

1 المغني ، ج592/7ا ، الفرقة بين الزوجين وما يتعلّق بها ، علي حسب الله ، دار الفكر العربي ط1377/3–1957،ص18، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة ، المبروك المصري (دار هومة الجزائر ب.ت.ط) ص49–60 .

2 ق.أ.ج.ر م 8 /19 م34،33،32 ص21

2- لم يبيّن القانون حكم البطلان هل الفسخ مطلقا أو قبل الدخول فقط.

3-حكم القانون بالفسخ في حالة عدم استصدار رخصة التعدد ،وهذا سبق من التشريع لم يذكره الفقهاء أنه من حالات الفسخ .

4- لم يعرض لباقي حالات الفسخ قبل الدخول ،كاشتماله على شرط يناقض كأن لا يقسم لها ،هذا النوع أدرجه المشرع في البطلان ولم ندر ماحكمه.

5-تساهله في مسألة الولي حيث جعل اختلاله ممّا يفسخ به العقد قبل الدخول فقط .

6- لم يعط المشرع ضوابط واضحة في موضوع الفرق بين الطلاق والفسخ ،وهذه منقصة في التشريع يؤاخذ عليها من تصدى له ،إذ كيف يعقل أن يفرق القاضي بين حالات الطلاق والفسخ في المسائل المعروضة أمامه ،دون أن يكون له نص يرشده ،وتشريع يقيّده .

7-شرع مادة ليس لها سند في الشرع ولا في أقوال االفقهاء وهي فسخ النكاح قبل الدخول إذا لم تقدم الوثيقة المطلوبة في التعدد ،وهذا من اجتهادات المشرع التي فيها نظر، إذ أن تقييد التعدد يكون بضوابط إجرائية تقنية لا بإضفاء حكم شرعي بدون سببه ،إذ أنّ الفسخ ليس إجراءا إداريا يعاقب به من شاء من شاء ،ولكنّه حكم شرعي لا بد من تقدم سببه .

وعليه نقترح على المشرع أن يخصص مادة لبيان الفرق بين الطلاق والفسخ ،وأمامنا مجموعة من الضوابط لمختلف المذاهب ،نستعرضها ثم نأخذ بالأرجح منها وعند التمحيص بينها يظهر في ذلك ضابطان :

الأول:ما تقاربت قيه أقوال الأئمة الثلاثة :الحنفية والشافعية والحنابلة وهو:

الفرقة التي تكون من قبل الزوج أو من يقوم مقامه ،هي طلاق وإلا ففسخ.

الثاني:ضابط المالكية ،وهو أمران:

-إذا كان الزواج مختلفا فيه خارج المذهب ففرقته بطلاق وإلا ففسخ.

-إذا لم يُجَز النكاح ولو أراد الأولياء أن يجيزوه ففرقته فسخ وإلا فطلاق.

ولا تناقض بين الضابطين لاختلاف جهات النظر فالثلاثة اعتبروا جهة من يوقع الفرقة ،فإن كان الزوج أو وكيله ففرقته طلاق وإلا ففسخ.

وأمّا المالكية فنظروا إلى ذات الزواج فإن فسد لذاته بحيث لو أراد الأولياء أن يجيزوه لم يجز ففرقته فسخ ،أي لمراعاة حق الله تعالى ،وهو معنى النظر إلى الخلاف في هذا النكاح فإن اختلف فيه ولو خارج

المذهب ففرقته طلاق [1]،وبناء على هذا التقرير ،يمكننا الجمع بين هذه الضوابط ،وإدراجها ضمن مادة مضافة إلى هذا القانون فنصيغها على النحو التالي:[الطلاق ماأوقعه الزوج أو كان في مختلف فيه ولو خارج المذهب ،والفسخ يكون في ما فسد لذاته ،لكونه متفقا على فساده ،أو فيما لا يوقعه الزوج، وما فسخ قبل البناء فلا صداق فيه وبعده فالمسمى وإلاّ فصداق المثل].

البند الثاني:ضوابط الفرق التي تحتاج الى قضاء القاضي

أولا: شرعا

سبب الفرقة إمّا أن يكون ظاهرا لانزاع فيه ولاخلاف كطروء المحرمية والطلاق الصريح، فإن العقد ينحل من تلقاء نفسه ، ولا يحتاج الى قضاء قاض ولاغيره.

وإمّا أن يكون فيه خلاف لكون سنده تقديرا يبقى محل نزاع ، فتعهد للقاضي ليفصل فيها كالفرقة باللعان والإعسار بالنفقة ،وعلى هذا تكون الفرق نوعين :

1-فرق هي الطلاق :أ- تحتاج لقضاء وهي التفريق لعيب ،ولعدم الإنفاق وللغيبة وسوء العشرة

ب-لا تحتاج الى قضاء وهي تطليق الزوج بمال أو بغيره.

2-فرق هي الفسخ: **أ**- لايحتاج لقضاء وهي الفرقة بتبين فساد العقد ،بطروء حرمة المصاهرة ،بردة أحد الزوجين باللعان

ب-يحتاج لقضاء وهي:التفريق لعدم الكفاءة والغبن في المهر وخيار البلوغ والإفاقة وإباء أحد الزوجين الإسلام.

ثانيا: قانونا

لم يتعرض ق.أ إلى ذكر الفرق بين الطلاق والفسخ ،فطبيعيّ ألاّ يتطرق إلى ضوابط الفرق التي تحتاج لقضاء والتي لا تحتاجه ، بل لم يساير هذا التقسيم الوارد في الفقه في انحلال الزواج ،فقد صنّف صور فك الرابطة الزوجية إلى ثلاثة، وقد سار في ذلك التعديل الوارد في الأمر02/05المؤرخ في 2005/02/27 إذخصّ الباب الثاني بعنوان انحلال الزواج ،وأكد في م 48 منه على الصور المذكورة سابقا في حدود ماوردفي م 53و54منه ،وهذا مايطرح إشكالية كبيرة في تعامل القضاء مع مختلف الحالات الواردة بالفسخ أو الطلاق، خاصة مع عدم وجود المؤهل العلمي الذي به يفصل في مثل هذه القضايا، إلاّ استنادا للشريعة ممّا يطرح إشكالا آخر يتعلق بمستوى القضاة من الناحية الشرعية حتى يتمكنوا من الرجوع إلى الشريعة ،

---

1 الكليات الفقهية المقري ت:أبو الأجفان الدار العربية للكتاب ب.ت.ط ص128.

لأنّ الأحكام الشرعية ليست مرتعا خصبا لكل أحد ،بل هي أبواب مغلقة تتطلب مفاتيح لولوجها ،وهذه المفاتح هي علوم الشرع المستبحرة ، ولا نعتقد أنّ مقررات الجامعة أو شهادة الكفاءة تكفي لذلك.

المطلب الثاني: أسبابها وآثارها

الفرع الأول: أسبابها

يمكن تقسيم هذه الأسباب إلى قسمين أسباب حسية دنيوية وأسباب شرعية دينية ،وضابط ذلك أنّ ما يستحقّ الفرقة فيُفرَّق – ولو رضي الزوجان بالبقاء عليه –، فهو سبب ديني وإلا فدنيوي.

البند الأول: الأسباب الحسية الدنيوية

أولا– الشقاق بين الزوجين:

الشقاق هو النزاع بين الزوجين، فإذا وقع وتعذّر الإصلاح بينهما يبعث الحكمان كما سنذكره أمّا قانونا فهذا السبب لم يذكره النّصّ القديم ، بل ذكره التّعديل الذي طرأ على م 53 قا.أ تأكيدا لقرار المحكمة العليا بأنّه:[من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أنّ الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأنّ الزوج هو المسؤول عن الضرر... وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وبتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون][1].

ثانيا– العيب:

ذهب جمهور الفقهاء الى جواز التفريق بسبب العيب في الرجل أو المرأة على سواء، وخص الحنفية ذلك بعيوب في الزوج، واختلف الجمهور في أنواع العيوب التي تجوز بسببها الفرقة بين موسع ومضيق، ونص المشرع في م 2/53 قا.أ على:[.. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج][2]، وأنّ هذه الأهداف نصت عليها م 4 قا.أ ،ومن خلال تحليل المادة تتضح شروط التطليق للعيب:

– أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،وهذا يبين أنّ المشرع اجتهد في نوعية العيب وجعل مناطه الحيلولة دون تحقيق المودة والرحمة والمعاشرة ،وهو يشمل جميع العيوب المنفرة ،إلا أنّ ذلك يطرح إشكالا آخر وهو أنّ النّفرة قد تكون لعيب غير حقيقي بل لمجرد اختلاف الطباع والأمزجة ،ممّا يجعل من هذه الفقرة في القانون ثغرةً قد يُتلاعب بها.

---

1 م.ق بتاريخ: 1999/06/15 ع45/2 قسم الوثائق للمحكمة العليا

2 ق.أ. م21/53 .

– أن تكون العيوب غير قابلة للزوال: وإلا فعلى القاضي في هذه الحالة أن يضرب للزوج أجلا، وأن تبقى الزوجة بجانب زوجها، لذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر على أنه:[متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا من مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك الفترة بجانب بعلها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق][1].

ثالثا– الغيبة:

ذهب الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة إلى أنّ حق الرأة في الوطء قضاءً ينتهي بالوطء مرة واحدة ، فإذاغاب الزوج عنها بعد ذلك وترك لها ما تنفقه على نفسها لم يكن لها حق طلب الفرقة، وذهب المالكية والحنابلة إلى أن هذا الحق ثابت للزوجة مطلقا، وعلى ذلك فلها طلب التفريق منه بسبب الغيبة،مطلقا ، وقال الحنابلة إلا لعذر[2].

أمّا قانونا فنصّت م 5/53 قا.أ على:[الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة][3]،بشرط:

– أن تكون الغيبة تفوق السنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى وإذا كان الأمر يتعلق بزوجة المفقود فإن المدة تبدأ من يوم صدور الحكم بفقده.

– كونها دون عذر مقبول شرعا أو قانونا كتأدية للخدمة العسكرية أو سفر للدراسة.

– أن لا يترك لزوجته ما تنفقه على نفسها وعلى أولادها.

رابعا– الإعسار:

–الإعسار إمّا أن يكون بالصداق، أو بالنّفقة،فالأوّل ذهب الحنفية إلى عدم جواز الفرقة به، لكن للزوجة منع تسليم نفسها للزوج حتى تستوفي معجل صداقها ، وأجاز المالكية الفرقة به إذا ثبت عسره، ولم يُرجَ زواله ، أما الثاني فإذا ثبت بشروطه وطلبت الزوجة الطلاق فرّق بينهما عند الجمهور ،إلا الحنفية الذين قالوا عليه بالاستدانة ، ويؤمر بالأداء من تجب عليه نفقتها لولا الزوج[4].

---

1 م.ق بتاريخ: 1984/11/19 ع65/2

2 المغني ج140/8 .

3 سبق تخريجها

4 المغني ج252/9 .

وأشار ق .أ إلى هذا السبب في م 1/53 قا.أ على أنه:[عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون]، فيجوز ذلك إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يكون الزوج قد امتنع عمدا عن الإنفاق على زوجته.

- صدور حكم يتعلق بوجوب النفقة ويقاس في مدة الانتظار بعد الحكم على م 331 ق.ع فإنه يلتزم عليها أن تنتظر مدة شهرين من يوم استصدار الحكم، بل من يوم تبليغه.

- أن لا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه.

- أن يكون الحكم الملزم بالإنفاق مراعيا لما نص عليه المشرع في م 78 من مشتملات النفقة و م 79 ظروف وحالة الزوجين عند تقدير النفقة ، و م 80 تستحق الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى بل يمكن أن يحكم لها بذلك لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع دعوى النفقة.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادرعلى أنه:[من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر مسكن الزوجية وتطليق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفا للأحكام الشرعية الإسلامية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون][1] .

ولم يتعرض لحكم الإعسار بالصداق ، وزاد أسبابا أخرى أخذا بالنظرية الواسعة التي جاء بها المذهب المالكي بشأن حق الزوجة في التطليق، وهذه الأسباب هي :

أولا– التطليق لحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة: ففي م 4/53 قا.أ [للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية]، بهذه الشروط:

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزا قوة الشيء المقضي به:ولو مع وقف التنفيذ خلاف ما نص عليه في القديم من كونه عقوبة مقيدة لحرية الزوج أو أدانته المحكمة بالحبس.

- أن تكون الجريمة مما يمس بشرف الأسرة: كهتك العرض، خطف الأطفال.

- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا.

ثانيا– مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه فيجوز للزوجة طلب التطليق إذا تم استصدار الرخصة القضائية ولم تحترم شروط التعدد ،كالتدليس وكحالة رفض الزوجة التعدد مع توافر الشروط فإنه يجوز ولو وافقت على التعدد إذا لم يكن عادلا ماديا نحو زوجاته.

---

1 م.ق.ملف 57506 قرار 1989/11/27 ع56/2

ثالثا– ارتكاب فاحشة مبينة:م 7/53 قا.أ، إذا أثبتت للقاضي بالوسائل المعترف بها شرعا.

رابعا– مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج م 19 قا.أ[يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية إذا لم تخالف أحكام قانون الأسرة][1].

خامسا– التطليق لضرر معتبر شرعا: في م 10/53 ق.أ التي نصّت على أنّه:[كل ضرر معتبر شرعا]، وأول ما يلاحظ التوسع في هذا السبب بحيث أنه يغني عن غيره، مانحة بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقدير الأضرار بلا خضوع لرقابة المحكمة العليا، لكن بهذه الشروط:

- أن يكون مرتكب الضرر الزوج لا غيره إلا إن حرّضه الزوج .

–أن ينتج عن هذا الخطأ أضرار تلحق بالزوجة أو أحد فروعها أو أصولها: م 36/قا.أ.

–أن يكون مرتكب الضرر راشدا وأهلا للتصرفات القانونية.

–ألا ينتج الضرر عن ممارسة حق شرعي.

سادسا– التطليق بسبب النشوز كما في م 55 وسيأتينا الحديث عن النشوز[2] .

البند الثاني: الأسباب الشرعية الدينية

أولا– الردة :

ذهب الحنفية والمالكية إلى أنها سبب للفرقة فورا ، واختلفوا في كيفيتها فالحنفية : إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين بانت منه امرأته ، ويكون فسخا عاجلا لا يتوقف على قضاء.

واستثنى المالكية حالة ما إذا قصدت المرأة بردتها فسخ النكاح ،معاملة لها بنقيض قصدها.

وعند الشافعية لاتقع الفرقة ، وإن عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة فهي امرأته .

وذهب الحنابلة إلى أنّ الردّة إن كانت قبل الدخول يُفرّق بين الزوجين فورا ، وإن كانت بعد الدخول ففي رواية تُنَجّز الفرقة ، وفي رواية أخرى تتوقف على انقضاء العدة[3].

ثانيا– اختلاف الدار :

–ذهب جمهور الفقهاء الى أنّ مجرد اختلاف الدار لايعتبر سببا للفرقة بين الزوجين ما لم يحصل بينهما اختلاف في الدين.

---

1 ق.أ.ج.ر. م20/19 .

[2] الوجيز العربي بلحاج ديوان المطبوعات الجامعية ط2010/6 ج65/2.

3 تبيين الحقائق فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي القاهرة..ط 1313هـ. م 176/2

وقال الحنفية : إنّ اختلاف داري الزوجين حقيقة وحكما موجب للفرقة بينهما، فلو دخل حربي دار الإسلام وعقد الذمة وترك زوجته في دار الحرب انفسخ نكاحهما .

ثالثا– اللعان :

ذهب الفقهاء إلى أنّه إذا قذف الرجل زوجته قذفا موجبا للحد ،أو نفى حملها وولدها منه ، فإنّه يلاعن بينهما ، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ النور:6،وإذا حصلت الملاعنة بين الزوجين يفرق بينهما ،لقولهﷺ: (المتلاعنان إذا افترقا لايجتمعان)[1] ،وذهب الحنفية– وهو ظاهر مذهب الحنابلة– الى أنّه لاتتمّ الفرقة بين المتلاعنين إلا بحكم القاضي لما في حديث ابن عمر ﷺقال :"فرق رسول الله ﷺبين المتلاعنين وقال :(حسابكما على الله)[2] ،لكن يحرم الاستمتاع بينهما بعد التلاعن ولو قبل الفرقة[3]

رابعا– الإيلاء

9– إذاحصل الإيلاء رفعت الأمر إلى القاضي ليأمره بالفيئ فإن أبى وإلاّ طلقها عليه،وقال الحنفية: إن الطلاق يقع بمجرد مضي أربعة أشهر إذا لم يقربها، ولا يتوقف على الرفع للقضاء.[4]

أما القانون فسماه الهجر في المضجع ففي م 3/53 ق.أ [فوق أربعة أشهر] بهذه الشروط:

–أن يهجر الزوج زوجته: بحيث لا يعاملها معاملة الأزواج.

– أن يدوم مدة تتجاوز أربعة أشهر متتالية: لا في مرات متعددة ولو فاق السنة.

– أن يكون عمديا: وإلا فلا يجوز لها طلب التطليق إذا كان لعذر مقبول شرعا وقانونا.

ولم يعرض ق.أ لبعض الأسباب الشرعية التي فيها حق الله تعالى ،كالفرقة لردة الزوج أو اختلاف الدين أو اللعان ، بل إنّ النص القديم تناول الفسخ في حالة الردة في م32:[يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه ،أو اشتمل على مانع ،أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد
أو ثبتت ردة الزوج][5]،إلا أنه عُدل فحذف ذلك السبب ،اكتفاء بما تقدم في أركان الزواج .

الفرع الثاني:آثارها

---

1 الموطأ كتاب الطلاق باب ما جاء في اللعان، رقم:1202/ص401 .

2 البخاري رقم: 5313كتاب الطلاق باب التفريق بين المتلاعنين ص950.

3 رد المحتار،ج 157/5 ،. وبداية المجتهد121/2،،مغني المحتاج380/3، والمغني ج3/9

4 الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية –الكويت فرقة ج109/32 ط1414/1-1993

5 ق.أ.ج.ر م21/31 .

البند الأول:شرعا

أوّلا:من حيث عدد الطلقات

1-من المقرّر عند الفقهاء أنّ الزوج له على زوجته ثلاث طلقات،ولاتحل له بعد ها حتى تنكح زوجا غيره ، فإذا اعتبرت الفرقة طلاقا رجعيا أو بائنا ينقص بذلك عدد الطلقات المستحقة للزوج على زوجته ، أمّا الفسخ فيبقى العدد المستحق بعد الفرقة كما كان قبلها .

ثانيا :من حيث العدة :

1-يتفقان في أصل وجوبها عند الفقهاء ، لكن يختلف حكم المعتدة من الطلاق عن المعتدة من الفسخ في الجملة ، وذلك لأن المعتدة من الطلاق الرجعي أو البائن بينونة صغرى تعتبر صالحة لوقوع الطلاق الآخر، بخلاف المعتدة من الفسخ، فلا يقع عليها الطلاق إلا في حالات خاصة ، كالفسخ بسب ردة أحد الزوجين ، أو إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام .

ثالثا:من حيث ثبوت النفقة أثناء العدة :

اتّفق الفقهاء على وجوب النفقة للمعتدة من طلاق رجعي ،أو بائن إذا كانت حاملا، وفي غير الحامل خلاف .واختلفوا في المعتدة من الفسخ ، فقال الحنفية : إذا كان الفسخ من قبل الزوج ، أو كان من قبل الزوجة في غير معصية، فلها النفقة ، وإن كان من قبل الزوحة بسبب المعصية كالردة ، فلها السكنى فقط دون النفقة ، وذهب الحنابلة إلى عدم الوجوب النفقة للمعتدة عن الفسخ إذا لم تكن حاملا ، وعند المالكية والشافعية تفصيل.

رابعا:من حيث وجوب الإحداد:

1-اتّفق الففقهاء على عدم الإحداد على المطلقة طلاقا رجعيا وزوجها غير متوفى ،وأما المعتدة من الطلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى فقيل يلزمها وقيل لا.

وأماالمفسوخ زواجها ، فذهب الجمهور إلى أنّه لاإحداد عليها [1].

البند الثاني:قانونا

تطرق القانون إلى بعض آثار الفرقة وهي :

أولا:العدة

وتطرق لها في م 58 ،59،و60

[1]الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج112/32 .الهداية 342/3، وحاشية الدسوقي ج432/2 .، مغني المحتاج 440/3، والمغني لابن قدامة 112/7 .

م 58:[تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق].

م 59:[تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقد].

م 60:[عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة10 أشهر من تاريخ صدور الطلاق أو الوفاة] ،والملاحظ من خلال هذه المواد أنّ المشرع تبنّى الرأي السائد عند الفقهاء أنّ غير المدخول بها لا عدّة عليها ،لأنّه عدّد على سبيل الحصر الزوجات المطلقات ولم يذكر غير المدخول بها وهذ ما أكّده قرار المحكمة العليا :[من المقرّر شرعا أنّه تستوجب العّة للمرأة المطلّقة والمتوفّى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلّقة غير المدخول بها .][1] .

ثالثا:الحضانة

وتعرض لها في المواد من62 إلى72 .

م 62:[الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفضه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن أهلا للقيام بذلك].

م 72:معدّلة [في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر، للممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار ،وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن].ما يلاحظ هو الإنقلاب الكبير الذي أحدثته م64 في إسناد الحضانة للأب بعد الأم على خلفية الصراعات في المحاكم بين الأب والأم ، ومحاولة لإرجاع حق الأب المهضوم، مراعاة لمصالح معيّنة .

رابعا:متاع البيت

في م 73:[إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.

والمشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين]،وأول ما يلاحظ أنّ المشرع لم يخض مليا في هذا الأمر بل اكتفى بمادّة وحيدة مع ما فيها من إشكالات منها :

- لم يتطرق المشرع إلى حالة النّكول عن اليمين .

1م.ق. ملف رقم:137571 مؤرخ في 1996/06/18 ع1997/2 ص93.

-الكلام على البينة مع أنّ النزاع لا يمكن أن ينشأ حول متاع غير موجود أصلا ،إذ أنّه يشترط أن يكون موجودا مشاهدا ليقع النزاع فيه[1] فإن أنكر المدّعى عليه وجوده فتطبق قاعدة البينة على المدّعي واليمين على من أنكر وذلك ما جسّده قرار المحكمة العليا [من المقرّر قانونا أنّه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبّق القاعدة العامّة في الإثبات البينة..][2].

خامسا:عدد الطلقات

في م 51:[لايمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلابعد أن تتزوج غيره وتطنق منه أو يموت عنها بعد البناء]، وسيأتينا الكلام على ذلك.

1صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة باديس ذيابي دار الهدى ط2012 ص105-174.

2 م.ق.ملف رقم:216836 بتاريخ 1999/03/16 ع245/2.

الفصل الأوّل

التعسف من الزوجين

المبحث الأول :التعسف من الزوج

المطلب الأول :في مقدمات الفرقة

المطلب الثاني :في موضوع الفرقة (الطلاق

المطلب الثالث: في آثار الفرقة

المبحث الثاني :تعسف الزوجة

المطلب الأوّل :في مقدمات الفرقة

المطلب الثاني : في موضوع الفرقة

الفصل الأوّل :التعسف من الزوجين

المبحث الأول :من الزوج

المطلب الأول :في مقدمات الفرقة

الفرع الأول : في السوابق

إنّ الترتيب العقلي في الأشياء يفيد تقدم السّبب على المسبّب، وأن النتيجة لابد لها من مقدّمة، لذلك فليس من تمام الإحاطة بالشئ من حيث الدراسة أن يذكر المسبب ويهمل السبب، بناء عليه ،آثرنا تقديم الكلام على تلك المقدمات المنطقية التي إن حصلت فإنّها في الغالب تؤدي إلى حصول الفرقة، ونحصرها في فرعين الكفاءة وحسن الاختيار وإنّما أدرجنا سوابق الزواج في التعسف لأن عدم الكفاءة وحسن الاختيار يؤدّيان في الغالب إلى نشوب النزاعات التي هي في الغالب أسباب التعسف لأنّ فيه جانب الانتقام باستعمال الحق وذلك لأنّه ناتج في الغالب عن غضب لتوتر العلاقة الزوجية ،لأنّ المرأة تستطيع أن تسلب الرجل صبره باستفزازها ، وقد بيّن النبي ﷺذلك فقال:(مارأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للبّ الرّجل الحازم من إحداكن) [1].

البند الاول :الكفاءة

إنّ الزواج ليس حقا خالصا للشخص باعتبار ما يترتب عنه ،و الخطأ فيه لاتتعلق ثمرته بالزوجين فقط بل يتعداه لغيره من أجل ذلك اشترط الشرع الكفاءة.

أولا : تعريفها

1–لغة:حاصل معانيها اللغوية :**الطاقة** تقول ما لي به قبل ولا كفاء ،**والنظير والمُساوِي** ومنه الكفاءة في النِّكاح، **والاسْتواء** كحديث النبي ﷺ (المسلمون تتكافأ دماؤهم)[2] أي في الديات والقصاص فليس لشرِيف على وضيع فضل في ذلك وفلان كفء فلانةَ إذا كان يصلح لها بعلا[3].

2–اصطلاحا

شرعا : اختلفت عبارة الفقهاء في حدّها لاختلاف ما يعتبرونه فيها:

أ–فعند الحنفية :المساواة في الأمور المعتبرة في النكاح[1].

---

1 البخاري كتاب النكاح باب كفران العشير حديث رقم:5197 ص929 .

2 جزء من حديث أخرجه أبو داود كتاب الجهاد باب في السرية حديث رقم 2751ج636/1 والبيهقى كتاب الجراح باب قتل الرجل بالمرأة حديث رقم:15903ج51/8ت:محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية ط2–2003

3 لسان العرب ج45 باب الكاف .

ب- وعرفها المالكية : بأنها المماثلة والمقاربة في الدين والحال [2]. .

ج-وعرفها الشافعية : بأنها أمر يوجب عدمه عارا [3].

د-وعرفها الحنابلة أنها الدين والمنصب [4].ولعلّ تعريف الحنفية هو الأجمع لانسحابه على المعتبر سواء شرعا أو عرفا، بخلاف باقي التعاريف التي إمّا خصّصت كتعريف المالكية أو الحنابلة ، وإمّا عمّمت فكانت غير مانعة كتعريف الشافعية.

ثانيا: حكمها

والمقصود هو هل تعتير الكفاءة في النساء للرجال أم لا ؟ أي هل يجب على الزوج أن يختار الزوجة التي تكافؤه أم أن ذلك أمر خاص بالنّساء دون الرجال ،وفي المسألة مذهبان :

1-الأول:ذهب الأحناف والحنابلة إلى أنّ الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء ، ولا تعتبر في جانب النّساء للرجال للأدلّة التالية:

حديث : (ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين الرجل تكون له الأمة فيعلمها فيحسن تعليمها ، ويؤدبها فيحسن تأديبها ، فيتزوجها ، فله أجران) [5] ووجه الدلالة أنّ تزوج الرجل من أمته لا كفاءة فيه ومع ذلك رغب فيه النبيﷺ.

-فعله ﷺحيث (إنه ﷺلا مكافئ له ، وقد تزوج من أحياء العرب ، وتزوج صفية بنت حييرضي الله عنها[6] .

-ولأنّ المعنى الذي شرعت الكفاءة من أجله هو أنّ المرأة هي التي تستنكف لا الرجل ، فهي المستفرشة ، والزوج هو المستفرش ، فلا تلحقه الأنفة من قبلها ، إذ أنّ الشريفة تأبى أن تكون فراشا للدني ، والزوج لا تغيظه دناءة الفراش ، وكذلك فإن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه[7] .

---

1 رد المحتار ، دار عالم الكتب الرياض ط.خاصة2003 ج206/4

2 مختصر خليل ، دار الفكر ص114.

3 مغني المحتاج ج3 / 165.

4 المغني لابن قدامة ج374/7 .

5 متفق عليه واللفظ للبخاري كتاب الجهاد والسير باب فضل من أسلم من أهل الكتابين حديث رقم 3011ص497 .

6 مسند أبي يعلى أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي ت : حسين سليم أسد رقم:3050 دار المأمون للتراث – دمشق ط1404/1 – 1984 ج388/3.

7 رد المحتار ج207/4 ، والمغني ج279/7 .

2–الثاني: مذهب أبي يوسف ومحمد أنّ الكفاءة في جانب النساء معتبرة استحسانا، لأنّ من أصلهما أنّ المطلق يتقيد بالمتعارف ، وليس في العرف تزوج الأمراء بالإماء ، فلو تزوج امرأة على أنّها قرشية فظهرت نبطية فله الخيار عنده ، وعند أبي حنيفة لا خيار له فليس لأوليائه الاعتراض على الأمير إذا تزوج وضيعة .[1] ، للأدلّة التالية:

1– حديث تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم) [2]

2–حديث :(لا تزوجوا النّساء لحسنهنّ ، فعسى حسنهنّ أن يرديهنّ ، ولا تزوجوهنّ لأموالهنّ فلعلّ أموالهنّ أن تطغيهنّ ولكن تزوجوهنّ على الدّين ، ولأمة خرماء سوداء ذات دين ، أفضل وقال : تنكح المرأة لأربع : لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك).[3]

مناقشة وترجيح

أمّا أدلّة الجمهور فالحديث الأوّل من باب التطوّع والزيادة في الخير ، والثاني محمول على الخصوصية كتزوجه فوق الأربع ،والمعقول ليس منضبطا لأنّ الرجل أيضا قد يأنف لذا ورد في الحديث تخيروا لنطفكم فإنّ العرق دسّاس.

أمّا أدلّة المذهب الثاني فالحديث الأوّل أورده ابن حجر في الفتح وأشار إلى أنّ فيه مقالا و عزاه إلى أبي نعيم من حديث عمر ثم قال : ويقوى أحد الإسنادين بالآخر[4] ، أمّا الحديث الثاني ففي سنده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقي وهو ضعيف وله شاهد في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة ، ورواه البزار من حديث عوف بن مالك ، ورواه البيهقي في الكبرى من طريق أبي بدر عن الإفريقي بإسناده ومتنه والحديث رواه ابن حبان في صحيحه بإسناد آخر[5].

استدلّ الجمهور بأدلّة عامّة محتملة أو خاصّة ، واستدلّ غيرهم بأدلّة هي نصّ في المسألة، خاصة حديث تخيّروا ، وبناء على هذه الأدلّة يترحج القول الثاني خاصّة أنّ لديه ما يدعّمه من النصوص والمعقول ، كقوله ﷺ إيّكم وخضراء الدّمن ، ولا يزال مُستهجَنًا زواج شريف بوضيعة ، أو أبيض بسوداء أو غير ذلك والعرف مأمور به في مثل هذه الأمور.

---

1 رد المحتار ، ج205/4

2 أخرجه ابن ماجه كتاب النكاح باب الأكفاء حديث رقم 1967 ج390/3 ،

3 ابن ماجه كتاب النكاح باب تزويج ذات الدين حديث رقم 1859 ج310/3 .

4 (فتح ج2241/2).

5 مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه أحمد الكناني باب تزويج ذات الدين ت محمد الكشناوي دار العربية ط 1403 ج97/2.

البند الثاني : في الاختيار

ليس هناك تكرار مع ما تقدم من الكفاءة ،إنّما المقصود هو بيان ما يقع فيه بعض المقدمين على الزواج ،حيث أنّه يأخذ بحقه في الكفاءة ،لكنّه يقصرها على الجوانب المادية فقط ،فلربما يختار النسيبة الحسيبة الغنية التي تكافؤه في هذه الخصال ؛لكنّه يهمل الكفاءة الروحية ، فلا ينظر إلى صلاحها أو خلقها ،لأنّ ماتقدم من الخصال المادية كاف بالنسبة إليه ،لذلك كان اختيار الزوجة من أعظم الأمور خطرا في حياة الرجل، فعقد الزواج عقد حياة ، والشرع أولى عناية خاصة لاختيار العشير ووجوب تحكيمه للعقل والدين لأنّ البواعث الحسية سريعة الزوال وتعرض الحياة الزوجية للاضطراب مما يناقض مقصود الزواج.

وقد حدّد النبي ﷺالمرغبات التي تدعو الرجل لنكاح المرأة فقال(تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك)[1] ، وكان من دعائهﷺ: (اللهمَّ إني أعوذُ بكَ من جارِ السُّوءِ، ومن زوجٍ تشيِّبني قبلَ المشيب..).[2] .

الفرع الثاني: في اللواحق

البند الاول : القوامة

إنّ الحكم على الشئ فرع عن تصوره ، وغالبا ما تضطرب الأحكام والتصرفات لسوء التصور للمفاهيم فيؤدي ذلك إما للإفراط أو التفريط ،فيضيع الحق بين هذين ،وإنّ التّعسف الذي يقع في القوامة يرجع إلى سوء التصور لمعناها ،وهنا نحاول تقريب هذا المفهوم من الأذهان .

أولا : مفهومها

1-تعريفها أ-لغة :حاصل معاني القوامة في اللغة يرجع إلى المحافظة والإصلاح والملازمة والوقوف والثبات والتوقف في الأَمر أي الوقوف عنده من غير مجاوزة له [3].

ب-اصطلاحا:

ب1-شرعا: يطلق الفقهاء القوامة على معان متعددة ، منها القوامة على القاصر والقوامة على الوقف ،ويسميه المالكية مقدم الوقف والقوامة على الزوجة وهذا الأخير هو المراد هنا .

وحدُّها :ولاية يفوض الزوج بموجبها القيام على ما يصلح شأن زوجته بالتدبير والصيانة.[1]

---

1 البخاري: كتاب النكاح باب الأكفاء في الدين حديث رقم 5090 ص910 .

2 كتاب الدعاء للحافظ أبي القاسم سليمان الطبراني ت:د.محمد البخاري باب ما استعاذ منه النبي ﷺرقم:1339:دار البشائر الإسلامية ط1407/1-1987 ج1425/3)

3 لسان العرب باب القاف ج3782/42 .

وبناء على هذا التعريف يتبين أنّ القوامة تكليف للزوج وتشريف للزوجة ولعل هذا يصحّح المفهوم السائد أنّها تسلط وقهر وإلغاء للمرأة.

ب2–قانونا

لم يعرف ق.أ.القوامة بل نحى منحى المساواة والإشتراك، ونجد ذلك ظاهرا في م 36التي تتحدث عن الحقوق والواجبات، لكنّنا نجد في م 74 التي تتحدث عن النفقة أنّ المشرع أوجبها على الزوج تجاه زوجته وولده ،ومن المعلوم أنّ النّفقة فرع عن القوامة، فلو سار على نفس اتجاه التساوي الذي لمح إليه في كثير من مواد هذا القانون؛ لكانت النفقة لا تجب على الزوج لوحده بل يشترك فيها الزوج والزوجة ،لكننا نلاحظ أن هناك نوع من التغليب لحق المرأة على حق الرجل ،فالغنم للمرأة والغرم يتحمله الرجل ،الشئ الذي أحدث إخلالا بموازين الحقوق والواجبات ،وهذاخلاف بعض القوانين الأخرى كالموريتاني حيث أورد في الفصل السابع :آثار الزواج

الفرع الأول :واجبات الزوجية م[56 الزوج هو قيم العائلة، ويقوم بذلك الدور في صالح الأسرة، تساعد الزوجة زوجها في إدارة شؤون العائلة][2].

فقد أثبت صراحة حق القوامة للرجل على المرأة ،وأناطها بمصلحة الأسرة ، وذلك لأن الرجل غالبا هو الأكفأ في إدارة سفينة الأسرة وقيادتها إلى برّ الأمان.

وفي ق.م. ذكرالقوامة على القصر فقط في م 15 وهذه خارجة عن مبحثنا ، ممّا يعطينا انطباعا أنّ المشرّع الجزائري متأثر بأطروحة المساواة التي فرضت نفسها بقوة.

ثانيا : أسبابها

المرأة كانت في الجاهلية من سقط المتاع ، حتى جاء الإسلام فأقرّ لها حقوقا كثيرة ،كالتملك والميراث والتصرف في الأموال والرضا في الزواج ، وزيادة في التكريم جعل عليها القوامة بضوابط وقيود من شأنها أن تكون سببا في إكرامها ، لأن مقتضى القوامة لا يعني أبدا إلغاء المرأة كما هي العادات عند البعض ،بل لها حق المشاركة في شؤون اختصاصها كالبيت الأسري وبعض المجالات الاجتماعية والمدنية ،لذا نجد النبي ﷺقد شاور أم سلمة [3]، (وكان النبي ﷺإذا يكون في بيته يكون في مهنة أهله)[1]، إلا أن القوامة منوطة بأسباب:

---

1 بدائع ج16/4 . ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ج280/6 .

2 مدونة الأحوال الشخصية الفصل السابع آثار الزوجية م56ص9 .

3 البخاري كتاب الشروط باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب حديث رقم :2732 ص447 .

1-التفضيل الإلاهي الفطري:

لقوله تعالى ﴿ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ ﴾ النساء:34، ففي الشهادة قال تعالى﴿ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰ ﴾البقرة: 282، وفي الحديث :(مارأيت من ناقصات عقل ودين اذهب للب الرجل الحازم من احداكن)[2] ،وليس في هذا انتقاص أو وصف للمرأة بالجنون والسفه ،كيف والقرآن هو الذي عظم كيد النساء وهذا المعنى كذلك في الحديث السابق:(مارأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن)[3].

إنّما النقصان يرجع إلى الخلقة التي فطرت عليها المرأة كالعطف والحنان والرقة الزائدة ، وإلى ما أجراه الله عليها من الطوارئ التي تنقص من قوتها كالحمل والعادة ،لذلك اختص الرجال دون النساء بالنبوة والملك الأعظم ،قال الرازي:"وحاصل القوامة يرجع إلى أمرين: العلم والقدرة ،أما العلم فلا شك أن عقول الرجال وعلومهم أكثر، أما القدرة فلا شك أن قدرتهم على الأعمال الشاقة أكمل"،[4] لذا نهى الله تعالى عن تمني ما فضل به طرفا على آخر لأن ذلك من فطرة الله وسنته ولن تجد لسنة الله تبديلا فقال:﴿ وَلَا تَتَمَنَّوۡاْ مَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بِهِۦ بَعۡضَكُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ ﴾ النساء: 32، وقد نزلت هذه الآية حينما قالت أم سلمة : يا رسول الله ، يغزو الرجال ولا نغزو ، وإنما لنا نصف الميراث[5].

2-البذل والانفاق

قال تعالى ﴿ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ ﴾النساء: 34 ،ولا يرد أنّ المرأة قد تنفق على الرجل ؛لأنّ هذا من النزر القليل والحكم للأغلب والقاعدة لا تتخلف بتخلف أحد جزئياتها.

ثالثا: ضوابطها :

إن الأسرة في المجتمع يمكن تشبيهها بسفينة تخوض لجج البحر تحتاج إلى قائد ماهر، أو هي كمؤسسة في معترك التنافس تحتاج إلى مدير محنك ؛ لذلك منحت القوامة للرجل بالضوابط التالية:

---

1 البخاري كتاب الأذان باب من كان في حاجة أهله فأقيمت الصلاة فخرج حديث رقم 676 ص110 .

2 البخاري كتاب الحيض باب ترك الحائض الصوم حديث رقم 304 ص53 .

3 سبق تخريجه.

4 التفسير الكبير للرازي ، دار إحياء التراث العربي ط2 ب.ت.ط ج88/9

5 مسند أحمد أم سلمة حديث رقم 26615 ت:أحمد شاكر دار الحديث القاهرة ط1-1995 ~ 1416 ج18/312 والحاكم وصححه من حديثها. الفتح السماوي بتخريج أحاديث القاضي البيضاوي زين الدين المناوي ت: أحمد مجتبى دار العاصمة – الرياض ج484/2

1–قيام الزوج بواجباته

وتشمل المهر المجمع على وجوبه ،والنفقة المجمع عليها كذلك والمعاشرة بالمعروف .

2–العدل والإنصاف في استخدام هذه الوظيفة

فهذه القوامة وظيفة يقوم بها الرجل تجاه زوجته ،وليس له الحق في استغلال هذا المنصب في الإساءة لها ،وكل إخلال بضوابط هذا المنصب وشروطه يخول الحق للمرأة أن ترفع أمرها للقاضي أو لوليها لإزالة الضرر.

رابعا: صور التعسف فيها

إن التعسف فيها إما أن يكون على مستوى الفكر والنظر وإما على مستوى الفعل والتطبيق، وإن الأول سبب لوجود الثاني على سبيل التقدم بالعلة ،أي أن تقدم الأول مؤذن بلحوق الثاني.

1–على مستوى التنظير

إنّ الفكرة الخاطئة تضر بالعقول كضرر المواد السامة بالأبدان، لذلك فان فقدان التصور الصحيح لمعنى القوامة أنتج لنا فريقين على طرفي النقيض ،وكلاهما متعسف في معنى القوامة:

أ–الفريق الاول

من يعتقد أن القوامة تسلط مطلق وإلغاء تام للطرف الآخر ،انطلاقا من القدح في عقل المرأة وأنها ناقصة أبدا ويفهم الحديث على خلاف المراد منه، إذ أن الحديث يتكلم عن النقصان لعلة معينة أوفي حالة مقيدة لا على الإطلاق، وبناء على هذا االتصور الخاطئ يقوم هذ الزوج باستعباد الزوجة والتعسف في حقه اتجاهها ويجعل ذلك دينا يدين به ،وليس هو في الحقيقة إلا العادات الموروثة عن الجاهلية الأولى، والتي كان من أعمالها وأد البنت وهي حية والاستحياء أمام الملأ إذا بشر أحدهم بالأنثى ،وإنّ خلط العادات بالعبادات يعتبر حاليا من معضلات العقل المسلم .

ب–الفريق الثاني

يعتبر جبهة مضادة للفريق الأول ونتيجة منطقية لتطرّفه، إذ أنّ التطرف لا يأتي إلا بالتطرف، هذا الفريق أراد أن يعالج خطأ الفريق الأول لكنّه زاد من المرض ؛لأنّه عالج بالضد المطلق كمن يعالج مرض البخل بالتبذير ، فقام هذا الفريق بالتنظير للمساواة بين الرجل والمرأة والدعوة إلى التحرر فأدّى ذلك إلى أن أصبح الغرب الذي احتضن هذه النّظرية عجوزا لأسباب منطقية التسلسل ؛ففقد القوامة والتحرر يؤدي إلى الإباحية التي أنتجت فكرة العزوف عن الزواج والهروب من أعباء إنشاء أسرة وأولاد ، لذلك تعالت صيحات الإصلاح والإستدراك من بعض المفكرين و هذه نماذج منها .

قالت أجاثا كريستي [1]:"إنّ المرأة مغفلة لأنّ مركزها في المجتمع يزداد سوءا ؛لأننا بذلنا الجهد الأكبر للحصول على حق العمل والمساواة مع الرجل ومن المحزن أننا أثبتنا أننا نحن الجنس اللطيف ، ثم نعود لنتساوى اليوم في الجهد والعرق الذي كان من نصيب الرجل وحده ،، لقد كانت الحياة سعيدة عندما كان الرجل سيد البيت والمسؤول الأول عن رفاهية الأسرة ، أما اليوم فالمرأة قد فقدت سعادتها وفقدت أنوثتها التي كانت تسحر الرجل في الماضي".

وقال روزفلت Roosevelt [2] :"واجب المرأة النّهوض بأعباء البيت وتنظيم الأسرة ،وعلى الفتاة أن تتزوج وتعيش من كدح زوجها ليتسنى له أن يربح من جهود المرأة في دائرة البيت أضعاف ما تربحه من جهودها في الأعمال الأخرى.

وقال أوغست كونت [3]:"يجب أن تكون الحياة النسوية منزلية على قدر الإمكان أويجب تخليصها من كل عمل خارجي ليمكنها من تحقيق وظيفتها الحيوية كما يرام .

ومع هذا التحرر لم ينته الإستعباد والإضطهاد من الرجل للمرأة ، فقد أشارت الإحصائيات المتعلقة بجرائم الأسرة أن79 بالمائة من الرجال في أمريكا يضربون النساء و17 بالمائة منهم يذهبن إلى الإنعاش ، وفي فرنسا تتعرض كل سنة مليونا امرأة إلى الضرب.[4]

2-على مستوى التطبيق

أ-التعسف في التأديب: تأديب الزوجة الناشزة مشروع للزوج عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية إن لم يبلغ نشوزها الحاكم ،ولم يجب الرفع له للمشقة، ولأنّ القصد ردّها إلى الطاعة

لكن لا بد من التزام الترتيب فيه كما في الآية في قول جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة والإباضية وهو رأي عند الشافعية قال في المغني : في الآية إضمار تقديره : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع ، فإن أصررن فاضربوهن. وقال جمهور الشافعية ليس عليه مراعاة الترتيب ، ، بل بما يراه مناسبا .

---

[1] كاتبة إنجليزية للمؤلفات البوليسية بيعت أكثر من مليار نسخة من رواياتها 15 /11/ 1890 إلى 12 /01/ 1976.

2 روزفلت، فرانكلين ديلانو (1882 – 1945م). الرئيس الوحيد للولايات المتحدة الأمريكية الذي انتخب أربع مرات. استمرت لمدة 12 عاماً، وتوفي بعد 83 يوما من انتخابه للمرة الرابعة. الموسوعة العربية العالمية

3أوغست كونت 1798 – 1857م فيلسوف فرنسي مؤسس للمذهب الوضعي له محاضرات في الفلسفة (الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة. لندوة العالمية للشباب الإسلامي د. مانع بن حماد الجهني دار الندوة العالمية.153/1

4 مجلة الاعتصام ، العدد الثالث ، السنة 41 ص 6 ،مجلة النور الكويتية – العدد (56)، نقلاً عن: من أجل تحرير حقيقي للمرأة/ محمد رشيد العويد ص94 مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة الإسلام وعمل المرأة العدد 6 /167.

والوعظ برفق ولين ثمّ الهجر إمّا كلاما أو فراشا وغايته شهر عند المالكية وعند غيرهم ماشاء، وأمّا الضرب فشرطه أن يكون غير مبرّح ولا مدم ولا شائن ولا مخوف ولا تضرب إلا في البيت ، ويفرّقه على بدنها ، ولا يواليه في موضع لئلا يعظم ضرره و يجتنب المواضع المستحسنة لئلا يشوهها ويكون عشرة أسواط فأقل لحديث: (لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله)[1].

وقال المالكية وبعض الشافعية والحنابلة : يؤدبها بضربها بالسواك ونحوه أو بمنديل ملفوف أو بيده ، لا بسوط ولا بعصا ولا بخشب ،ونص المالكية والشافعية على أن الناشزة إن لم تنزجر لم يجز لزوجها تعزيرها لا بالضرب المبرح ولا بغيره ،فإن وقع فلها التطليق عليه والقصاص[2] .

وبناء على ما سبق فإن التّعسّف في التأديب يظهر في صور متعددة نختصرها في النقاط التالية:

أ(**1**)–تولي التأديب شخص آخر غير الزوج الذي أعطاه الله له الحق خالصا عن غيره ،خاصّة في بعض المجتمعات القبلية فقد يتولى التأديب الأب أو الأم أو الحمو أو غيرهم.

أ(**2**)–ترك الالتزام بمراحل التأديب الذي وردت به الآية وهذا يكاد أن يكون الغالب في مجتمعاتنا فالكثير يقدم الضرب ،أو أن يجعله في غير البيت كالشارع أو غيره.

أ(**3**)–الخروج عن حدود تطبيق هذه المراحل ؛فهناك من يجعل الوعظ إهانة أوسبا أو أمرا وزجرا أو يجعل الهجر إيذاء بتطويل المدة فيقع هو في العنت من حيث لا يدري، أو بجعل الضرب مبرحا مؤديا غالبا إلى حوادث جسيمة .

أما القانون فلم يتكلم على هذه المسألة مع أنّه تعرض لمسألة النشوز في م 55[عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر][3] مسايرة منه للاتجاه العام الذي سلكه وهو إعطاء المزيد من الأفضلية للمرأة .

ب–التعسف في الوفاء بالشروط المتفق عليها

خلاصة المذاهب في الشروط وأقسامها نجملها في ما يلي :

–عند الحنفية قسموها إلى صحيحة :وهي إما ما يقتضيها العقد أو تلائمه أو ورد بها النص أو التي جرى بها عرف الناس ، وفاسدة وهي ما اشتملت على منفعة لأحد المتعاقدين ولم تكن مثل ماتقدم في الشروط الصحيحة،وباطلة:وهي ماخلت مما تقدم في الشروط الصحيحة والفاسدة [1]

---

1 متفق عليه مسلم كتاب الحدود باب قدر أسواط التعزير رقم:1708 ص709 .

2 المغني لابن قدامة ج162/8 . ،الجامع لأحكام القرآن ج5 /282–290 ، ومواهب الجليل ج10/4 .

3 الجريدة الرسمية م55 .

–عند المالكية:قسموها إلى صحيحة وهي مايقتضيها العقد أو ما فيها مصلحة لأحد المتعاقدين ، وباطلة :وهي إما مؤثرة بالبطلان وإن تنازل الشارط عن شرطه أو مؤثرة إلا إن تنازل الشارط وإما غير مؤثرة فتسقط ويبقى العقد[2]

–عند الشافعية والحنابلة :قسموها إلى صحيحة وهي مايقتضيها العقد أو فيها مصلحة للعاقدين أو لأحدهما، وباطلة وهي أما مؤثرة بالبطلان أولا [3]

–عند الظاهرية:قسموها إلى صحيحة وهي ماورد بها النص أو الإجماع ،وباطلة وهي مالم يرد به نص أو إجماع وجعل ابن حزم الشروط الصحيحة سبعة فقط[4].

أما ما يجب الوفاء به من هذه الشروط ففيه الخلاف ومبناه تعارض النصوص بين حديث(إن أحق الشروط أن يوفي مااستحللتم به الفروج)[5]، وحديث (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)[6] ، لذلك قال الظاهرية :الأصل في الشروط الحظر وقال الجمهور :الأصل الإباحة إلا أنهم انقسموا فريقين فالحنفية والمالكية والشافعية قالوا أن المشروع من الشروط ما لا يخالف الشرعّ أو مقتضى العقد والحنابلة قالوا أن كل شرط لم يرد به دليل[7].

والشروط في النّكاح كثيرة تتنوع بالأعراف والأمكنة والأزمنة لكن القصد في هذا الصدد التعرض لأشهر الشروط في مجتمعنا والتي يقع فيها الاختلاف بين الزوجين غالبا ومن أهمها :

ب(1)– عمل الزوجة :قد تشترط المرأة على زوجها العمل لدوافع مختلفة منها أنها تريد أن ترى ثمرة دراستها أو أن تبقى متواصلة مع اختصاصها العلمي أو للحاجة ، فإذا وافق الزوج قبل الزواج ثم خالف بعده؛ فإما أن يكون ذلك لأسباب شرعية كالغيرة عليها من اختلاطها بالرجال أو كإهمالها لشؤون البيت أو غيرها من الأسباب المقنعة فله ذلك، لكن ما الحكم إذا كان متعسفا أي ظالما هل يحل له إخلاف الشرط وماذا يترتب على ذلك؟ .

---

1 المبسوط السرخسي ، دار المعرفة بيروت ب.ت.ط ج14/13-16.

2 مواهب الجليل ج375/435/4 .

3 المجموع 364/9 ، المغني ج48/4 .

4 المحلى 412/8 .

5 البخاري كتاب النكاح باب الشروط في النكاح حديث رقم "5151 ص921 .

6 متفق عليه البخاري كتاب البيع باب إذا اشترط في البيع شروطا لا تحل حديث رقم 2168 ص364 .

7 بداية المجتهد ج127/2.

سبق وأن قلنا في الشروط إنّ ما لا يخالف مقتضى العقد أو الشرع أو ما فيه مصلحةّ لأحد المتعاقدين فهو من الشروط التي يستحب الوفاء بها فالحكم هو الاستحباب وهو غير الوجوب وعليه فيجوز أن يخلف هذا الشرط ولو متعسفا فإذا خالفته الزوجة وخرجت فهل تسقط نفقتها؟

فالحنفية والمالكية قالوا أنّ الزوجة إذا أرادت أن تعمل في حرفة؛ فلابد من إذن الزوج ورضاه حتى تستحق النفقة واستدلوا على ذلك بأنّ إذنه لها يعتبر رضاء منه ؛فليس خروجها نشوزا يسقط النفقة ، وقال الشافعية والحنابلة إنّ المرأة إذا خرجت بإذن زوجها لحاجة لها فإنّ ذلك يسقط نفقتها فتسقط نفقتها بخروجها للعمل ولو بإذنه واستدلوا على ذلك بأن خروجها يجعل تسليمها نفسها ناقصا فتصير ناشزة فلا تستحق النفقة [1] .

وقال االظاهرية إنّ للزوجة على زوجها النفقة ولو كانت ناشزة واستدلوا على ذلك بعموم قوله تعالى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾البقرة: 233، فالنّفقة تجب بمجرد العقد سواء دعي للبناء أم لا ناشزا كانت أم لا[2].

وقال الإباضية أنّ النّفقة تسقط بعصيان الزوجة زوجها ؛قال في النيل :"ولا حق لمرتدة، وناشزة، وعاصية ،وهاربة[3].

وقال الإمامية إنّ نفقة الزوج تجب بالعقد الدائم بشرط التمكين الكامل وهو أن تخلّي بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً في كل زمان ومكان يسوغ فيه الاستمتاع [4].

وسبب اختلافهم هو: هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لكونها محبوسة على الزوج؟ فمن قال إنها للاستمتاع: حكم لها بالنفقة، ومن قال إن النفقة مقابل الاحتباس وقد فوتته بالخروج للعمل فلا تستحق النفقة.

وأيضا معارضة العموم للمفهوم فعموم قولهﷺ: (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)[5]. يقتضي أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء، وكون النفقة في مقابل الاستمتاع يوجب أن لا نفقة للناشز[6].

---

1 المصدر السابق ج33/2 . ، المغني لابن قدامه ج 296/9 .

2 المحلى ج 10/ 88 وما بعدها .

3 شرح كتاب النيل أطفيش مكتبة الإرشاد جدة دار الفتح بيروت ط2-1392.1972 ج14 /125

4 ، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، الطوسي ، محمدبن الحسن (بيروت : دار الكتاب العربي، ط2، 1980). ج142/2

5 مسلم كتاب الحج باب حجّة النبيّ رقم:1218 ص483 .

6 بداية المجتهد ج33/2 .

الترجيح:من خلال ماسبق يترجح قول الإمام مالك الذي توسط بين الأقوال حيث اشترط إذن الزوج وبذلك تكون الزوجة قد جمعت بين حقها والواجب عليها .

أمّا قانونا ؛فقد نص المشرع الجزائري على أنّ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج؛ تعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في الفقرة التاسعة من م 53 ق.أ.

وقد نصت م 19 من ق.أ على أنّه: [للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون]،[1] وعليه إذا أخلّ الزوج بأحد الشروط المتفق عليها فإنّ ذلك يجيز للزوجة طلب التطليق وما على القاضي إلا أن يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق ،وعليه أن يقدر ما إذا كان يتوافق مع أحكام قانون الأسرة فإذا كان مخالفا لها، فالقاضي لا يستجيب لطلب الزوجة وذلك وفقا لنص م 35 من ق.أ.التي نصت على أنه [إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيح][2]،مثاله اشتراط الزوجة على الزوج عدم الإنجاب فإذا تأكد القاضي من مخالفة الشروط المتفق عليها وأنّ هذه الشروط لا تخالف أحكام قانون الأسرة حكم للزوجة بطلب تطليقها.

ب(2)- التعسف بمنع الزوجة من زيارة أبويها وذويها

من حق الزوج على زوجته القرار في البيت لكن بقيود وجملة القول في ذلك مايلي:.

فذهب الحنفية والمالكية: إلى أنه ليس للزوج منع زوجته من زيارة أبويها في كل جمعة، وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة .

وقال المالكية: ليس للزوج أن يمنع زوجته من الخروج لدار أبيها وأخيها إن كانت مأمونة

استدل الأحناف بأن الأب إذا كان زمنا أي: عجوزا، فإنه يحتاج إلى من تتعهده، فعليها أن تعصي زوجها وتخدم أباها وإن كان الأب كافرا لدلالة للآية السابقة.

واستدل المالكية بأن ذلك من صلة الرحم الواجبة ولها أن تمرض المريض منهما إذا لم يوجد من يمرضه ولولم يرض زوجها؛ لأن ذلك واجب، ولا يجوز أن يمنعها من الواجب[3].

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أن للزوج أن يمنع زوجته من عيادة أبيها وأمها إذا مرضَا، ومن حضور موتهما إذا ماتا وقال الإمام أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أن

---

1 ق.أ.ج.ر العدد15 م19 ص20 .

2 ق.أ.ج.ر العدد 15 م35 ص .21

3رد المحتار ج323/5 مواهب الجليل ج222/4 التاج والإكليل المختصر خليل المواق: مطبوع مع مواهب الجليل ج222/4.

يأذن لها،واستدل الشافعية والحنابلة على ذلك بأن حق الزوج مقدم على حق الوالدين عند التعارض،[1] واحتجوا بحديث أنس (أن رجلاً سافر ومنع زوجته من الخروج فمرض أبوها، فاستأذنت رسول الله ﷺفي عيادة أبيها، فقال لها رسول اللهﷺ:(اتقي الله ولا تخالفي زوجك) فمات أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺفي حضور جنازته فقال لها: (اتقي الله ولا تخالفي زوجك)، فأوحى الله إلى النبي ﷺأني قد غفرت لها بطاعة زوجها"[2].

سبب الخلاف : في أيّهما يقدّم حق الزوج أم حق الوالدين؟ فالحنفية والمالكية قالوا: إنّ حق الوالدين مقدم لقوله تعالى: ﴿ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنًا ﴾الإسراء: 23 ،أما الشافعية والحنابلة فيقدمون حق الزوج وهذا واضح في قول الإمام أحمد:"إنّ طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها".[3]

مناقشة الأدلة :

-أمّاحديث أنس فم يصح حتى عند الشافعية، إسنادا ، ومتنه يعارض أمورا مجمعا عليها، فإنّ أباها له حقوق عليها لا تحصى، وعليه فإنّه يكره للزوج أن ينهي زوجته عن عيادة أبيها وأمها أيضا،

أو برهما، أو إبداء حنوها ومودتها لأبويها[4] .لأنّه نهي عن معروف وأمر بمنكر وهو لا يجوز.

-زيارتها لأبويها لا يتعارض مع واجبها نحو زوجها، إذ أنّها لا تقيم عندهما وإنما تزورهما، والزيارة غير الإقامة.

-منع الزوج زوجته من زيارة والديها لا سيما إذا مرضا يؤذيها، ولا يتفق هذا الإيذاء مع المعاشرة بالمعروف المأمور بها الزوج نحو زوجته، ولا مع مقصد التعارف بين العائلتين.

وأما دليل الحنفية والمالكية في عدم جواز منع الزوج زوجته من زيارة والديها وأهلها فهو موافق لما جاء به الحديث الصحيح في البخاري عن أسماء قالت:"قدمت أمي وهي مشركة في عهد قريش ومدتها إذا عاهدوا النبي ﷺمع أبيها فاستفتيت النبي ﷺفقلت: إن أمي قدمت وهي راغبة قال: (نعم، صِلِي أمك)[5] قال ابن بطال: فقه الترجمة من حديث أسماء أن النبي ﷺأباح لأسماء أن تصل أمّها ولم يشترط في ذلك مشاورة زوجها[6].

---

1 المجموع ج15– ص569.كشاف القناع: ج117/3، المغني ج129/8.

2 الطبراني في الأوسط ج 2 / 169 وفيه عصمة بن المتوكل وهو ضعيف (المجمع 313/4).

3 المغني ج130/8 .

4 المجموع شرح المهذب: ج570/15.

5 البخاري كتاب الأدب باب صلة المرأة أمها ولها زوج حديث رقم 5979 ص1047 .

6 فتح الباري: كتاب باب صلة الوالد المشرك.ج3 452،

الترجيح:

بعد عرض الأدلّة ومناقشتها يترجح ما ذهب إليه الأحناف والمالكية من جواز خروج المرأة لزيارة أبويها وذويها، وأنّه لا يجوز لزوجها منعها عن زيارتهما، وممّا يؤكد ذلك أنّ الحنابلة والشافعية استدركوا فقالوا: "لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما؛ لأنّ في ذلك قطيعة لرحمها، وحملا لزوجته.على مخالفته وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا كذلك .[1]

البند الثاني: العشرة

إنّ المودة والرحمة بين الزوجين من مقاصد الدين في الزواج،كما في الآية:﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾الروم: 21 ،لذلك أمر القرآن بوجوب العشرة الصالحة فقال:﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾النساء: 19،قال الرازي:"من التكاليف المتعلقة بأحوال النساء :العشرة ؛وكان القوم يسيئون معاملة النساء فقيل لهم وعاشروهن بالمعروف[2] وقال الجصاص :ومن المعروف أن يوفيها حقها من المهر والنفقة والقسم وترك أذاها بالكلام الغليظ، والإعراض عنها والميل إلى غيرها وترك العبوس والقطوب في وجهها بغير ذنب"[3].

أولا: تعريفها

1-لغة :من معانيها **المخالطة** كعاشرته معاشرة وتعاشروا واعتشرو تخالطوا قال طرفة:

ولئن شطت نواها مرةَ   لعلى عهد حبيب معتشر [4]

والقرابة كعشيرة الرجل بنو أبيه الأدنون وقيل هم القبيلة والجمع ، وعشير المرأَة زوجُها لأَنه كالصديق والمِصَادِق ،وفي الحديث(تكفرن العشير) [5]،وقال:

رأته على يأس وقد شاب رأسها   وحين تصدى للهوان عشيرها

2-اصطلاحا

أ-شرعا :قال الطبري:"هو إمساكهنّ بأداء حقوقهنّ للمرأة مع حسن الخلق في المصاحبة"[6]

---

1 المغني: ج129/8.

2 التفسير الكبير ج12/10 .

3 أحكام القرآن 132/2 .

4 مختار الشعر الجاهلي ديوان طرفة بن عبد البكري ج326/1 .

5 البخاري كتاب النكاح باب كفران العشير حديث رقم:5197 ص929 ،لسان العرب باب العين ج2955/32 .

6 تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن ت:محمود شاكر مكتبة ابن تيمية القاهرة ط2 م121/8

وقال الزجاج:هي النَّصَفة في المبيت والنفقة والإجمال "[1] أو هي ما يكون بين الرجل والمرأة من الألفة والانضمام [2].

ب–قانونا

لم يتطرق القانون إلى تعريفها تصريحا لكن لمح إلى ذلك في م36 التي تتحدث عن الحقوق الزوجية فذكرت من بينها[المعاشرة بالمعروف][3]،وما بعدها من الفقرات يدخل كذلك في مفهوم العشرة على المعنى الموسع لها بخلاف بعض القوانين العربية الأخرى التي اهتمت بموضوع العشرة كالقانون الأردني الذي خصص لها فصلا كاملا سماه المعاشرة بالمعروف م 39[على الزوج أن يحسن معاشرة زوجته وأن يعاملها بالمعروف وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور][4]

ثانيا: حكمها

ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها مندوبة قال الكاساني :"من أحكام النكاح الصحيح المعاشرة بالمعروف وأنه مندوب إليه ومستحب وكذلك من جانبها"[5] وقال البهوتي :"ويسن لكل منهما تحسين الخلق لصاحبه والرفق به واحتمال أذاه" [6]

وذهب المالكية إلى وجوب العشرة بالمعروف ديانة وقضاء قال ابن العربي:"فأمر الله سبحانه الأزواج إذا عقدو على النساء أن يكون أدمة ما بينهم وصحبتهم على التمام والكمال فإنه أهدى للنفس وأقر للعين ،وأهنأ للعيش ،واجب على الزوج ولا يلزمه ذلك في القضاء إلا أن يجري الناس في ذلك على سوء عادتهم فيشترطونه ويربطونه بيمين" [7]

ثالثا: صور التعسف فيها

إنّ الجهل بمقاصد الزواج ،وخاصة أحكام العشرة أنتج لنا تصورين لدى فريقين من الناس:

1–الأول:من لا ينظر إلى زوجته إلاّ شزرا ولا يعاملها إلا قهرا ،بل إنّه يستحيي أمام الملإ من ذكر زوجته ليس حياء وإكراما للمرأة– لأنّ ذلك من مكارم الأخلاق– لكن استحقارا واستصغارا وهذا من العادات

---

1 التفسير الكبير للرازي سورة النساء ج 12/10 .

2 كشاف القناع عن متن الإقناع منصور البهوتي ت:محمد حسن الشافعي دار الكتب العلمية ،ط1/ 1418 - 1997 ج 184/5

3 ق.أ.ج.ر م36 العدد 15 ص21 .

4 ق.أ.ج.رم39 ص18

5 بدائع ج 334/2 .

6 كشاف القناع 185/5.

7 أحكام القرآن لابن العربي دار الكتب العلمية بيروت ط2–2003–1424،ج 468/1.

الموروثة والتي تنكّب فيها الناس عن الصواب .

2–الثاني:وهناك فريق آخر ممّن تخلى عن عادات القدامى إلا أنّه ابتدع شيئا آخر في مفاهيم الزواج وهو مايعرف بالزواج الاستثماري ،أي يستغل الزوج زوجته في العمل وينتفع بمالها ، فكأنّ مابينهما هو المادة والحسابات وبذلك يضيع المقصد الأسمى فلا عشرة ولا مودة ولا رحمة ، وهي طريقة غربية اقتفى البعض آثارها.

الفرع الثالث : في الطوارئ :

ونعني بالطوارئ تلك الوقائع التي تطرأ على الحياة الزوجية فتلبد سماءها وتغير مسارها فتمهد للفرقة ،وهي كثيرة إلا أن مايعنينا هنا هو ماله علاقة بموضوعنا أي مايكون فيه التعسف وبعد التمحيص تطرقنا إلى هذه الطوارئ وهي العضل والنشوز والإيلاء والظهار وتضييع الحقوق الزوجية.

البند الأول: في عضل الزوجة

أولا: تعريفه

1–لغة: تتلخص معانيه في :**الشدة** كعضل عضلا فهو عضل وعضل أي شديد العضلات

والحبس والمنع كعضَل المرأة عن الزوج حبسها ومنعها الزوج ظلما وهو أَن يضارها ولا يحسن عشرتها ليضطرها بذلك إِلى الافتداء منه بمهرها ، **والتضييق** كعَضَّلَ عليه في أَمره تعضيلاً ضَيَّق وحالَ بينه وبين ما يريد ظلماً وفي حديث معاوية : "معضلة ولا أبا حسن" [1]، أي مسألة صعبة ضيقة المخارج. وكل مشكل عند العرب معضل وداء عضال أي شديد عسر البرء أعيا الأطباء.[2]

2–اصطلاحا

أ–شرعا:قال ابن العربي:" العضل يتصرف على وجوه مرجعها إلى المنع وهو المراد هنا ،وفي الشرع هو المنع بدون وجه صلاح"[3] ،والمقصود هنا أن يقوم الزوج بالتضييق على زوجته بالمضارة وسوء العشرة لتفتدي منه ،وهو نوعان الأول:ماتقدم وهو عضل الزوج زوجته وهو المقصود بالبحث هنا .

والثاني:عضل الولي حرمته من التزويج بكفئها إذا رغب كل واحد منهما بصاحبه.

---

1 رواه الخطابي في غريب الحديث ج199/2 .

2 لسان العرب باب العين ج2989/33 ، تهذيب اللغة للأزهري باب العين والضاد مع اللام ت:أ.محمد علي النجار الدار المصرية للتأليف واللترجمة ب.ت.ط ج474/1.

3 أحكام القرآن لابن العربي ج271/1 .

ثانيا: حكمه

حكم العضل مبني على معرفة أسبابه [1] ،لأنّ الحكم يختلف باختلاف أسباب العضل وهي التي تؤثر في حكم الخلع صحة وفسادا وحكم العوض ، ومردها إلى أربعة أسباب ظاهرة وهي:

1-العضل للحصول على فدية من الزوجة من غير مبرر، وحكم الخلع في هذه الصورة عند الحنفية والمالكية في رواية إلى أنه صحيح فتقع الفرقة بينهما بائنة ،مع الإثم في التضييق .

وذهب المالكية في الرواية الثانية والشافعية والحنابلة إلى أن الخلع غير صحيح ،فيقع طلاق رجعيا وزاد الحنابلة إذا لم يكن بلفظ الطلاق فلا يقع شئ .

2-العضل للحصول على فدية من الزوجة لمبرر كإتيانها بفاحشة ، وفي هذه الحالة يكون الخلع صحيحا في قول أكثر أهل العلم ، وتقع الفرقة بائنة ولا يؤثر العضل على الحكم ؛لأنها لم تقم حدود الله في زوجها بدليل الآية المتقدمة ، وفي رواية للشافعي أن الخلع لا يجوز كما لو لم تأت ببينة .

3-العضل لقصد التأديب:والخلع في هذه الحالة صحيح ، وتقع الفرقة بائنة ؛لأن هذا لا يمنعهما ألا يخافا ألا يقيما حدود الله ، والدليل على ذلك ماورد في بعض روايات حديث ثابت بن قيس أنه ضربها فكسر بعضها فأتت النبي ﷺفدعاه فقال :خذهما وفارقها ففعل "[2]

4-العضل لسوء خلق الزوج من غير قصد:فالخلع صحيح لعدم قصده الافتداء منه مع الإثم[3]

البند الثاني: النشوز

أولا: تعريفه

1- لغة:حاصل المعاني من مادة نشز **الارتفاع** ومنه النشز والنشز المِتن المرتفع من الأَرض، وإِنْشاز عظام الميت رَفْعُها إِلى مواضعها، **وتركيبُ** بعضها على بعض قال تعالى:﴿ وَٱنظُرۡ إِلَى ٱلۡعِظَامِ كَيۡفَ نُنشِزُهَا ﴾البقرة: 259[4].

2- اصطلاحا: أ-شرعا :لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي لكلمة النشوز، وصرح بعض الفقهاء بأن النشوز بمعناه الاصطلاحي يكون من الزوجة ولا عكس ، وقيل أن النّشوز كما يكون

1 العضل في الخلع أسبابه وآثاره، عبد الله الدهش (مجلة العدل العدد الأول محرم 1420.

2 أبو داود كتاب الطلاق باب في الخلع حديث رقم 2228ج21669 إسناده حسن (جامع الأصول في أحاديث الرسول ابن الأثير الجزري ت:عبد القادر الأرنؤوط مكتبة دار البيان ط1 135/4)

3 أحكام القرآن للجصاص ج91/2، الجامع لأحكام القرآن ج157/6 ، المغني لابن قدامة ج178/8 .

4 لسان العرب باب النون ج4425/49 .

من الزوجة يكون من الزوج وإن لم يشتهر إطلاق النشوز في حق الرجل[1].

وعرفه الرازي بقوله :" النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه ،ونشوز الرجل في حق المرأة أن يعرض عنها ،ويعبس وجهه في وجهها ،ويترك مجامعتها ،ويسيء عشرتها [2].

ب–قانونا:تعرض القانون لمسألة النشوز في م 55:[عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للمتضرر][3] ، لكن ترك كعادته الخوض في الحدود خاصة وأنّ معنى النشوز من المعاني الظاهرة التي لا تحتاج إلى كثير بيان ، فمعناها الاصطلاحي لا يخرج عن معناها اللغوي .

ثانيا:أحكامه

1–شرعا: ذهب الفقهاء إلى أنّ المرأة إن خافت من زوجها نشوزا أو إعراضا لرغبته عنها ، إمّا لمرض بها أو كبر أو دمامة ..فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك ، لقوله تعالى ﴿ **وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًا** ﴾ النساء: 128،ولما ورد عن عائشةرضي الله عنها في هذه الآية قالت : (الرجل تكون عنده المرأة لا يستكثر منها يريد طلاقها ويتزوج غيرها ، تقول له أمسكني ولا تطلقني ،ثم تزوج غيري ،فأنت في حل من النفقة علي ، والقسمة لي ،فذلك قوله تعالى:{فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما }[4]

قال الجصاص:" وعموم الآية يقتضي جواز اصطلاحهما على ترك المهر والنفقة والقسم وسائر ما يجب لها بحق الزوجية ، للماضي ، لا المستقبل ،[5]

وقال القرطبي قال علماؤنا : "أنواع الصلح كلها مباحة في هذه النازلة ، بأن يعطي الزوج على أن تصبر هي ، أو تعطي هي على أن يؤثر الزوج ، أو على أن يؤثر ويتمسك بالعصمة ، أو يقع الصلح على الصبر والأثرة من غير عطاء ، فهذا كله مباح" [6]

وقال الحنابلة :" إن وضعت عنه بعض حقوقها أو كل حقوقها ، تسترضيه بذلك جاز ، لأنه حقها وقد رضيت بإسقاطه ، وإن شاءت رجعت في ذلك في المستقبل ، لا الماضي[7].

---

1 مواهب الجليل ج 18/4 ، مغني المحتاج ج342/3 ، وكشاف القناع ج5 / 209.

2 التفسير الكبير ج87/10 .

3 ق.أ.ج.ر م9/55 .

4 البخاري كتاب النكاح باب وإن امراة خافت من بعلها نشوزا حديث رقم :5206 ص931 .

5 أحكام القرآن للجصاص ج 2 / 283 .

6 الجامع لأحكام القرآن ج128/7 .

7 المغني ج8 /165 .

البند الثالث: الإيلاء

أولا: تعريفه

1- لغة:حاصل مادة الايلاء والأَلية والألوة بالتثليث يرجع إلى الاستطاعة والتقصير والحلف واليمين والجمع أِلايا [1] قال النّابغة: فآليت لا آتيك إن جئت مجرما ولا أبتغي جارا سواك مجاورا [2]

2-اصطلاحا

أ-شرعا :اتفق الفقهاء على أنّ الإيلاء هو حلف الزوج على ترك وطء زوجته أربعة أشهر ،إلا أنهم اختلفوا في صفة الحالف واليمين والمحلوف عليه لذلك تباينت تبعا لذلك تعاريفهم،

فقال الحنفية : "أن يحلف الزوج بالله تعالى ، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها ، ألاّ يقرب زوجته أربعة أشهر أو أكثر ، أو أن يعلق على قربانها أمرا فيه مشقة على نفسه". [3]

وعرفه المالكية بقولهم "الإيلاء يمين مسلم مكلف يتصور وقاعه وإن مريضا بمنع وطء زوجته وإن تعليقا غير المرضعة وإن رجعية أكثر من أربعة أشهر"[4]، وعرفه الشافعية :"أن يقسم الزوج المالك لحق الطلاق ألاّ يجامع زوجته مطلقاً، أو مدة تزيد على أربعة أشهر"[5]

وعرفه الحنابلة :"حلف زوج بالله أو صفته على ترك وطء زوجته في قبلها أكثر من أربعة أشهر"[6]

والملاحظ من تعاريف غير المالكية أنها غير مانعة لأنّهّا لم تقيد الزوج المولي كتعريف المالكية فيدخل الذّميّ وغير المكلف والعاجز وغيرهم كما أن تعريفي الشافعية والحنابلة لم يتناولا الحلف تعليقا، لذلك فالتعريف المختار هو تعريف المالكية لأنه جامع مانع وشرح التعريف كالآتي:

مكلف :ولو سفيها أو سكر حراما لا صبي ومجنون .

وقاعه:أي جماعه بخلاف مجبوب وعنين وشيخ .

وإن مريضا: ولو عجز عن الوطء لأنه يطأ في المآل ،وهذا إن قصد الضرر وإلا لم يكن موليا

بمنع :الباء بمعنى على متعلقة بيمين أي يمين ما ذكر .

---

1 لسان العرب م1 باب الهمزة ج161/3 .

2 مختار الشعر الجاهلي المختار من شعر النابغة ج173/1 .

3 بدئع ج171/3 .

4 مختصر خليل ص146، القوانين الفقهية لابن جزي دار الكتاب العربي ب.ت.ط. ص238

5 مغني المحتاج ، ج449/3 .

6كشاف القناع ، ج452/8 .

وإن تعليقا كقوله أنت طالق إن لم أفعل كذا أو لأفعلنّ كذا، ويصح كون المبالغة في زوجة أجنبية يقول إن تزوجتك فبالله لاأطؤك.

غير المرضعة وأما المرضعة فلا إيلاء فيها إن لم يقصد ضررا بل قصد مصلحة الولد أو لا قصد له لأن إصلاح الولد إصلاح لها سواء قال لا أطؤك حتى تفطمي أو في الحولين أو مدة الرضاع إلا أن يموت الولد أو يجد من يرضعه ،و قد بقي من المدة أكثر من أربعة أشهر فيلزمه الإيلاء من يومه.[1]

ب–قانونا : لم يتعرض المشرع الى ذكر الايلاء بلفظه في ق.أ ،وإن كان قد ذكره بمعناه في م53 معدلة والتي تتكلم أسباب التطليق وذكر من بينها :[الهجر في المضجع فوق أربعة اشهر]،[2] وهو معنى، لكن سيقت كسبب من أسباب الطلاق ولم تذكر على أنها إيلاء ولم يذكر ما هو الحكم الخاص بالإيلاء، ثم إنّ المشرع قضى بسببية التطليق من الهجر ، ولم يتطرق إلى الإجراءات التي تتخذ في هذه الحالة.

وهذا بخلاف بعض القوانين العربية الأخرى التي تطرقت لهذا النوع من الفرقة ففي القانون الإماراتي : الفصل 7- التفريق للإيلاء والظهار م 132 [للزوجة طلب التطليق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مدة أربعة أشهر فأكثر ما لم يفئ قبل انقضاء الأشهر الأربعة ويكون الطلاق بائناً].[3]

وفي القانون الموريتاني أيضا :الفرع الثالث :التطليق للإيلاء والظهار

م103 إذا حلف الزوج على ترك مسيس زوجته فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي الذي يؤجله أربعة أشهر فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه القاضي.

م104[إذا حلف الرجل بطلاق زوجته على القيام بفعل فإن أجل الإيلاء يبدأ من يوم رفع الزوجة له أمام القضاء لا من يوم الحلف][4].

ثانيا : أركانه

وأركانه عند الجمهور أربعة :المحلوف به والحالف والمحلوف عليه والمدة ،وقال الحنفية ركن الإيلاء هو الصيغة أي الحلف.

1– الحالف :ويشترط أن يكون مسلما عاقلا بالغا صحيحاً كان أو مريضاً.

2–المحلوف به :عند الجمهور كل يمين وبه قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز وسفيان

---

1 مواهب الجليل ، ج4/125 .

2. ق.أ.ج.ر م20/53

3 ق.أ.ش .إماراتي 2005/28 م132

4 الجريدة الرسمية مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية الفصل الرابع :التطليق الفرع الثاني :التطليق للإيلاء والظهار م103.

الثوري وأهل العراق والشافعي في القول الآخر، لعموم قوله تعالى ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ البقرة: 226، وقال ابن عباس: "كل يمين منعت جماعا فهي إيلاء"[1] .

وقال الشافعي في الجديد لا يقع الإيلاء إلا باليمين بالله تعالى وحده لقولهﷺ: (من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت).[2] ولأنّ الإيلاء يشبه يمين الكفارة.

قال ابن العربي ردّا على الشافعي :" وقد بينا في مسائل الفقه أن الحديث إنما جاء لبيان الأولى لا لإسقاط سواه من الأيمان ،ثم إذا كان حالفا وجب أن تنعقد يمينه.[3]

3-المحلوف عليه: هو ترك الجماع، بكل لفظ يقتضي ذلك.

4-المدة:فأما أكثر من الأربعة فمتفق على وقوع الإيلاء به و أما أقل من أربعة فقال ابن مسعود والنخعي وابن أبي ليلى والحكم وحماد بن أبي سليمان وقتادة، و إسحاق: يقع به الإيلاء بالقياس على من حلف على أكثر من أربعة أشهر.[4] وقال مالك والشافعي وأحمد وأبي ثور الإيلاء هو أن يحلف ألا يطأ أكثر من أربعة أشهر وإلا فليس موليا لقول ابن عباس قال:" كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين، فوقت الله تعالى لهم أربعة أشهر، فمن كان إيلاؤه دون ذلك فليس بمول [5] .قال ابن رشد :"والسبب في اختلافهم في المدة إطلاق الآية" [6] .

ثالثا : انحلال الايلاء: إمّا بالفيئ وإمّا بالطلاق:

1_ الفيئ: وطريقة الفيئ إما أصلية بالفعل وهوالجماع لمن لا عذر له، وإلا فإن ارتجاعه صحيح وهي امرأته ، وإمّا استثنائية بالقول وله شروط:

أ-العجز ودوامه وهو حقيقي كالمرض أوحكمي فينتقل الفيئ إلى القول في الأول اتفاقا وفي الحكمي عند مالك وأبي حنيفة ومرجوح قول الشافعي وقال أحمد لا ينتقل بل يطالب بالطلاق .

ب-قيام النكاح وقت الفيئة بالقول فان كان أبانها فلا فيئ بالقول.

2-الطلاق:أي أن المولي إذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها فلم يفعل أمر بالطلاق ،وإلا

---

1 السنن الكبرى للبيهقي باب الإيلاء باب كل يمين منعت الجماع حديث رقم 15239 ت:محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية ط3 1424-2003 ج7/626 ،مصنف بن أبي شيبة كتاب الطلاق باب من قال لا إيلاء إلا بحلف رقم 18834 ت:حمد بن عبد الله الجمعة ،محمد بن إبراهيم اللحيدان مكتبة الرشد ناشرون ط1-1425 2004 ج57/2

2 متفق عليه البخاري كتاب الشهادات باب كيف يستحلف حديث رقم :2679 ص 436 .

3 أحكام القرآن ابن العربي ج1/243 .

4 المغني ج 8 /205-506 ،بداية المجتهد ، ج2/80-83 .

5 البيهقي كتاب الإيلاء باب الرجل يحلف لا يطأ امرأته أقل من اربعة أشهر حديث رقم 15236 ج625/7 .

6 بداية المجتهد ج82/2 .

طلق عليه الحاكم ، وهو رجعي عند مالك والشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور هو بائن [1] .

ثالثا: معنى التعسف فيه

1–من حيث الصيغة: سبق لنا القول في تعريف التعسف أنه يكون في الأقوال كما يكون في الأفعال و،عليه فإن الحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر تعسف قولي في الحق ،لأنّ هذه الصيغة إنما هي من بقايا الجاهلية الأولى ولم يقرها القرآن ، بل جعل في مقابلها عقوبة إما بالفيئ وإما بالطلاق،قال عبدالله بن عباس: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين ..يقصدون بذلك إيذاء المرأة عند المساءة، فوقت لهم أربعة أشهر[2].

ثم إن هذا الحلف ليس من ورائه مصلحة ظاهرة أو راجحة ، بل الذي يظهر هو التعسف في الحق بالرجوع إلى معاييره كقصد الإضرار بالمرأة.

2–من حيث العمل : الإيلاء بترك الوطء فيه تعسف فعلي من ناحيتن :

أ–ترك الوطء:من حق الزوجة على زوجها أن يقوم بإعفافها وإتيانها لقضاء وطرها ، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺله :(ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ قلت بلى يا رسول الله . قال : فلا تفعل . صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا)[3]،

وقد ذهب جمهور الفقهاء : الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه يجب على الزوج أن يطأ زوجته[4].

وإنّ ترك الوطء الناشئ عن الحلف إضرار ظاهر بالمرأة وهذا يخول للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي لطلب التطليق بسبب الضرر فيأمر الرجل بالفيء فإن أبى أمره بتطليقها، فإن لم يطلق طلقها عليه القاضي وهو قول جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة.

ب–طول المدة

ثم إنّ في المدة كذلك تعسف ظاهر فإنّ المقصود من الزواج هو الاستمتاع، لا الضرر الناشئ عن ترك الوطء وما شرعت الفرقة بسبب الغيبة أو الفقد أو الأسر أو الحبس إلا بسبب طول المدة على الزوجة ،والتي تخاف فيها على نفسها الوقوع في الزنا، وقد روي أنّ عمر بن الخطاب ﷺ– بينما كان يحرس المدينة مرّ بامرأة في بيتها وهي تقول :

---

1 المغني ج542/8 ، بداية المجتهد ج82/2 .

2 سبق تخريجه

3 البخار ي كتاب الصوم باب حق الأهل في الصوم حديث رقم:1977 ص318 .

4 رد المحتار ج377/4 مواهب الجليل م11/4 ،كشاف القناع ج209/5.

تطاول هذا الليل واسود جانبه   وأرّقني أن لا حبيب ألاعبه

ووالله لولا خشية الله وحده   لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عمر عنها فقيل له :" هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله تعالى ، فأرسل إلى امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فأقفله ، ثم دخل على حفصة أم المؤمنين ﷺ فقال : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله أمثلك يسأل مثلي عن هذا ؟ فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، قالت : خمسة أشهر ، ستة أشهر ، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر ، يسيرون شهرا ، ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون شهرا راجعين)[1] .

فمن امتنع من وطء امرأته بغير يمين حلفها إضرارا بها أمر بوطئها، فإن أبى وأقام على امتناعه مضرّا بها فرق بينه وبينها من غير ضرب أجل.

ولم يتطرق ق.أ.إلى والإيلاء كما في القوانين الأخرى كالموريتاني :الفرع الثالث :التطليق للإيلاء والظهار،م 310 – [إذا حلف الزوج على ترك مسيس زوجته فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي الذي يؤجله أربعة أشهر فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه القاضي][2] .

البند الرابع: الظهار

أولا : تعريفه

1–لغة:حاصل المعاني من الظهار والمظاهرة مأخوذ من الظهر ؛ لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته : أنت علي كظهر أمي ، وإنما خصوا الظهر لأنه من الدابة موضع الركوب[3]

2–اصطلاحا:**أ–شرعا**:تعريفات الفقهاء للظهار متقاربة فعرفه الحنفية بقولهم: تشبيه المسلم زوجته، أو ما يعبر به عنها من أعضائها، أو جزءاً شائعاً منها، بمحرَّمة عليه تأبيداً[4] .

وعرفه المالكية:تشبيه المسلم من تحل أو جزأها بظهر محرم أو جزئه وإن تعليقاً أو مقيداً بوقت[5] .

وعرفه الشافعية بأنه:" تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالاً على التأبيد"[6] .

---

1 مصنف عبد الرزاق كتاب الطلاق باب حق المراة على زوجها وكم تشتاق حديث رقم:12092 ج151/7 . .

[2]م.أ.ش.ج.ر ع 1004 م103 /366 .

3 المصباح المنير المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي أحمد المقري الفيومي المكتبة العلمية كتاب الظاء ج388/2

4 بدائع ، ج229/3 .

5 ـ(مختصر خليل ص148ط.

6 . مغني المحتاج ج463/3 ، روضة الطالبين وعمدة المفتين أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ت: عادل أحمد عبد الموجود – على محمد معوض،كتاب الظهار دار الكتب العلمية ب.ت.ط ج235/6.

وعرفه الحنابلة بقولهم: "أن يشبه الزوج امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد"[1].

وتعريف المالكية أجمع وأدقّ لذكره التعليق والتأقيت في الظهار،وليس لقيد الشافعية "غير البائن "معنى إلا لزيادة بيان ،وإلاّ فهو ظاهر .

ب–قانونا : لم يتعرض المشرع إلى ذكر الظهار والإيلاء في ق.أ إلا أنه قد لمح إلى العلة الجامعة وهي الضرر فجعلها محور الفرقة في المادة السابقة التي تتحدث عن أسباب التطليق، لأن كلا منهما نوع من الهجر بصيغة معينة لكن لهما أحكام تخصهما من حيث الأركان والشروط ونوع الطلاق الذي ينشأ عنهما ،وكل هذا أغلبه في قضايا الطلاق والخلع والنفقة ،أما مثل الإيلاء والظهار فهو نادرا ما يطرح في المحاكم ، فغالبا ما يفصل فيها على مستوى لجان الفتاوى وأئمّة المساجد ، لذا لا نرى المشرع اهتمّ بمثل هذه المواضيع .، وإن كان عموم النص السابق قد يتناول معنى الظهار ، لكن مع ذلك يتبين النقص في التشريع بسبب عدم التطرق إلى الأحكام الشرعية المختلفة لمثل هذا الموضوع ،وذلك بخلاف القوانين العربية الأخرى التي نصت صراحة على هذا النوع من الفرق ،كالإماراتي الذي خصص للظهار فصلا كاملا من م 132 الى م 135 ، :[الفصل السابع- التفريق للإيلاء والظهار]

م 132 :[للزوجة طلب التطليق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مدة أربعة أشهر فأكثر ما لم يفئ قبل انقضاء الأشهر الأربعة ويكون الطلاق بائناً].

م 133 :[للزوجة طلب التطليق للظهار].

م 134 :[ينذر القاضي الزوج بالتكفير عن الظهار خلال أربعة أشهر من تاريخ اليمين، فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق طلقة بائنة][2].

وكذ القانون الموريتاني الذي نص في م105 :[إذا ظاهر الزوج من زوجته بالمعنى الشرعي للظهار فعليه أن يكف عنها حتى يكفر بإحدى المسائل المقررة شرعا.إذا امتنع المظاهر من الكفارة أمهله القاضي أربعة أشهر فإن لم يكفر طلق عليه][3].

ثانيا : أركانه

1–المظاهر :كل زوج مسلم عاقل مكلف، وظهار السكران كطلاقه.[4].

---

1 كشاف القناع ج454/5.

2 ق.أ.ش.إ. المواد 132،133،134،135.

3 سبق تخريجها

4 الجامع لأحكام القرآن ت:د.عبد الله التركي مؤسسة الرسالة ط1 2006-1427ج20/289 رد المحتار ج123/5 .

2–وأما المظاهر عنها: فالزوجة التي في العصمة ومن لحقها الطلاق، صح الظهار منها.

3–الصيغة: لفظه صريح وكناية، فالصريح متفق عليه مثل أنت علي كظهر أمي،.ومختلف فيه إذا ذكر عضوا غير الظهر ،فالمالكية ظهار كالحنفية في ذكر غير الأم وفصلوا مع الشافعية في الأعضاء والكناية ما لم تتضمن ذكر الظهر كأن يقول: أنت علي أو مثل أمي فهو ظهار وقال الشافعي وأبو حنيفة يعتبر فيه النية.

4–وأماالمشبه به :فهي الأم وكل محرمة على التأبيد أو ذكر غير الأم من المحرمات[1]. .

ثالثا : معنى التعسف فيه

1–من حيث الصيغة:إنّ الظهار سماه القرآن منكرا وزورا ، تقبيحا لتلك الصيغة التي يقولها الزوج لزوجته؛ وسواء صريحة أو كناية ، فالمنكر أي فظيع من القول لا يعرف في الشرع والزور الكذب ،لذا رد عليهم القرآن فقال﴿ مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡۖ إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ ﴾المجادلة2 ،قال الرازي :" أما الكذب فلأنه إما أن يجعله إخباراً أو إنشاء فعلى الأول هو كذب ، لأن الزوجة محللة والأم محرمة ، وعلى الثاني فهو كذب أيضا ، لأنّ كونه إنشاء معناه أن الشرع جعله سبباً في حصول الحرمة و الشرع لم يرد بهذا التشبيه ، فكان كذباً وزوراً "[2] بل وأوجب الشرع التكفير عند النطق بتلك الصيغة ، لما فيها من التعسف الذي هو نوع من الظلم وتعدي الحدود.

2–من حيث العمل

الظهار يحرم جميع أنواع الاستمتاع وبذلك قال الحنفية وأكثر المالكية قال القدوري :"إذا قال الزوج لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه ولا يحل له وطؤها وملامستها وتقبيلها حتى يكفر[3] ، وهو الأظهر عند الحنابلة لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والإحرام.[4]

وقال ابن حزم :"ولا يحل له أن يطأها ولا أن يمسها بشئ من بدنه فضلا عن الوطء[5] ،

---

1 رد المحتار ج125/5 ، مواهب الجليل ج132/4 ،أحكام القرآن لابن العربي ج4/188 ، بداية المجتهد م 85/2، مغني المحتاج ج463/3 ، المغني ج553/8 .

2 التفسير الكبير ج254/29 .

3 مختصر القدوري في الفقه ت:كامل محمد عويضة دار الكتب العلمية ص165.

4 المغني ج566/8 .

5 المحلى ج10_50..

لقوله تعالى ﴿ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾المجادلة: 3، وذلك يقتضي المباشرة فمافوقها ولأنه لفظ حرمت به عليه فأشبه الطلاق، فإذا كان الظهار يترتب عنه هذا التحريم فلا شك أن ذلك مضارة ظاهرة بالمرأة ونوع من التعسف الذي يتخد من الحق مطية، بل إنّه يؤدي إلى الفرقة نظرا لتضرر المرأة من ترك الوطء، الأمر الذي يخول لها حق رفع أمرها إلى القاضي.

البند الخامس : في تضييع الحقوق الزوجية

أولا : شرعا

هذه الحقوق إما أن تكون للزوج أو للزوجة أو مشتركة بينهما .

1–أما الحقوق الشتركة بين الزوجين فهي المعاشرة بمعروف ،والاستمتاع : وهذا الحق وإن كان مشتركا لكنه في جانب الرجل أقوى منه في جانب المرأة ،و الإرث .

2–حقوق الزوج على زوجته :حقه عليها أعظم لقوله تعالى ﴿ **وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ** ﴾البقرة: 228، قال ابن العربي :هذا نص في أنه مفضل عليها مقدم في حقوق النكاح فوقها [1]،ولقولهﷺ:(لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها)[2]" ومن هذه الحقوق :تسليم المرأة نفسها إلا لمانع كالصغر والمرض أو عدم استيفائها للمهر المعجل ومن الحقوق كذلك:الطاعة والخدمة وسنفردهما بالبحث لأنهما موضع التعسف في الغالب.

أ–الطاعة:ذهب الحنفيةإلى وجوب الطاعة على المرأة ، قال في البدائع"وعليها أن تطيعه في نفسها وتحفظ غيبته ولأن الله عز وجل أمر بتأديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن ، ونهى عنه عند طاعتهن بقوله عزوجل ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾النساء: 34، فدل على أنّ التأديب كان لترك الطاعة فيدل على لزوم طاعتهن للأزواج[3]، قال ابن العربي :"ولا يخفى على لبيب فضل الرجال على النساء، ولو لم يكن إلا أن المرأة خلقت من الرجل فهو أصلها،[4] وله أن يمنعها من التصرف

---

1 الأحكام سورة البقرة ج256/1 .

2 الجامع الكبير الترمذي أبواب الرضاع باب ما جاء في حق الزوج على المرأة حديث رقم 1159 ت:د.بشار عواد معروف دار الغرب الإسلامي ط1–1996 م453/2 ، من حديث محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة وقال حديث حسن غريب ، وابن ماجه كتاب النكاح باب حق الزوج على المرأة حديث رقم:1853،ج306/3 والبيهقي كتاب القسم والنشوز باب ما جاء في بيان حقه عليها حديث رقم 14711 ج477/7 .

3 بدائع ج334/2 .

4 الأحكام ج256/1 .

إلا بإذنه، وقيل: الدرجة الصداق، وقيل: جواز الأدب. وعلى الجملة فدرجة تقتضي التفضيل، وتشعر بأن حق الزوج عليها أوجب من حقها عليه، ومن هذا قولهﷺ: (أيما امرأة دعاها زوجها إلى فراشه فأبت عليه لعنتها الملائكة حتى تصبح)[1].

واستدلوا بقوله تعالى :{ فالصالحات قانتات} قال ابن عباس : يعني مطيعات لأزواجهن[2].

ب: الخدمة:اختلف العلماء في مسألة خدمة المرأة زوجها إلى ثلاثة أقوال.

فجمهور الشافعية والحنابلة وبعض المالكية وأهل الظاهر على أنه لايجب على المرأة خدمة زوجها لا في عجن ولا طبخ ولا خبز ونحوه من كنس الدار أو ملء الماء[3]،لما يلي:

-حديث البخاري عن أَبِي هُرَيْرَةَ :أنّ فاطمة أتت النبي ﷺتسأله خادما فشكت إليه العمل فقال ما ألفيته عندنا، ثم قال ألا أدلك على ما هو خير من خادم ؟تسبحين ثلاثا وثلاثين وتحمدين ثلاثا وثلاثين وتكبرين أربعا وثلاثين حين تأخذين مضجعك) [4]

وجه الدلالة :أنه لم يوجب عليها الخدمة ،لأن المعقود من جهتها الاستمتاع لا غيره .

وذهب جمهور الحنفية والمالكية وأبو ثور إلى وجوب الخدمة مستدلين في ذلك بما يلي :

*قوله تعالى وللرجال عليهن درجة ،ووجه الدلالة كما قال القرطبي:أن الله أوجب هذه المنزلة وهي زيادة درجة الرجل بعقله وقوته على الإنفاق وبالدية والميراث والجهاد. وقال ابن عباس: "الدرجة إشارة إلى حض الرجال على حسن العشرة، والتوسع للنساء في المال والخلق5.

*حكم النبي ﷺحيث قضى على ابنته فاطمة بالخدمة الباطنة كالعجين والطبخ والفرش وكنس البيت وعمل البيت كله ، وعلى علي بما كان خارج البيت من الأعمال قال ابن حجر "واستدل بهذه القصة أن المرأة عليها القيام بجميع ما يحتاج اليه زوجها من الخدمة"[6]

*حديث : (لو أمرت أحدا أن يسجد...، ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أحمر إلى جبل أسود ، ومن جبل أسود إلى جبل أحمر لكان نولها أن تفعل)[7].

---

1 متفق عليه البخاري كتاب بدء الخلق باب ذكر الملائكة رقم 3237 ص540 .

2 الجامع ج53/4 .

3 المغني ج130/8 .

4 البخاري كتاب النفقات باب خادم المرأة حديث رقم 5362 ص958 .

5 الجامع لأحكام القرآن ، ج53/4 .

6 الفتح ، ج2766/3 .

7 سبق تخريجه.

*أنه ﷺكان يأمر نساءه بخدمته :(يا عائشة أطعمينا ، يا عائشة هلمي المدية واشحذيها بحجر)[1]، واستدلوا بتبويب البخاري بعمل المرأة في بيت زوجها وأورد فيه حديث فاطمة[2] .

وذهب الطبري :" إنّ كل من كانت لها طاقة من النساء على خدمة بيتها في خبز ، أو طحن ، أو غير ذلك أن ذلك لا يلزم الزوج ، إذا كان معروفا أن مثلها يلي ذلك بنفسه ،والذي يترجح حمل الأمر في ذلك على عوائد البلاد فانها مختلفة في ذا الباب"[3]

وهذا قول وسط بين القولين وتؤيده النصوص العامة الآمرة بالعرف.

1-حقوق الزوجة على زوجها

أ-إعفاف الزوجة:من حق الزوجة على زوجها أن يقوم بإعفافها ، وذلك بأن يطأها ،وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة. وقالوا أنه لايجوز للزوج أن يعزل عن زوجته الحرة بلا إذنها ، لما روى عن ابن عمرﷺ:"نهى رسول الله ﷺعن عزل الحرة إلا بإذنها " [4] [5]

وذهب الشافعية إلى عدم وجوب الوطء على الزوج وإنما هو سنة في حقه[6].

ب-البيات عند الزوجة:اختلف الفقهاء في وجوب بيات الزوج عند زوجته.فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يجب على الزوج أن يبيت عند زوجته أحيانا من غير توقيت.

قال ابن عابدين : وإذا تشاغل الزوج عن زوجته بالعبادة أو غيرها فظاهر المذهب أنه لايتعين مقدار بل يؤمر أن يبيت معها أحيانا من غير توقيت

وعند الحنابلة :يبيت في مضجع زوجته الحرة ليلة من كل أربع ليال ، لما روى كعب بن سوار أنه كان جالسا عند عمر بن خطاب فجائت امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين مارأيت رجلا قط أفضل من زوجي ،إنه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما ، فاستغفر لها وأثنى عليها ، واستحيت المرأة وقامت راجعة ، فقال : "ياأمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ فقال : ماذاك ؟ فقال : إنها جاءت تشكوه إذا كان هذا حاله في العبادة متى يفرغ لها ؟ فبعث عمر الى زوجها وقال لكعب إقض بينهما ، فإنك فهمت

---

1 مسلم كتاب الأضاحي باب استحباب الضحية وذبحها رقم:1967 ص815 .

2 البخاري كتاب النفقات باب عمل المراة في بيت زوجها حديث رقم 5361 ص958 .

3 فتح الباري كتاب الدعوات باب التكبير والتسبيح عند المنام بيت الأفكار الدولية ج 2766/3.

4 البيهقي كتاب النكاح باب من قال يعزل عن الحرة بإذنها ج376/7 ، قال ابن حجر وفيه ابن لهيعة قال الدار قطني في العلل وهم فيه والصواب عن الزهري عن حمزة عن عمر ليس فيه ابن عمر(التلخيص مؤسسة قرطبة ط1 1995-1416 ج382/3).

5 رد المحتار ج334/5 ،مواهب الجليل ج546/3 ، المغني ج133/8 .

6 مغني المحتاج ج332/3 .

من أمرها مالم أفهمه ، قال: فإني أرى امرأة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن فاقض له بثلاثة أيام ولياهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة "[1]، وهذه القضية اشتهرت ولم تنكر فكانت كالإجماع ، ويؤيده قول النبي ﷺلعبد الله بن عمرو بن العاص:"إن لجسدك عليك حقا ، وإن لعينيك عليك حقا ، وإن لزوجك عليك حقا "[2].

وذهب المالكية والشافعية إلى أنّه لايجب على الزوج البيات عند الزوجة ، وإنّما يسنّ له ذلك.

وصرح الشافعية بأنّ درجات السنّة ليلة في كل أربع ليال ، اعتبارا بمن له أربع زوجات.

واستظهر ابن عرفة من المالكية وجوب البيات عندها ، أو يحضر لها مؤنسة لأنّ تركها وحدها ضرر بها لاسيما إذا كان المحل يتوقع منه الفساد والخوف من اللصوص[3].

ج- إخدام الزوجة: من حق الزوجة على زوجها إخدامها إن كانت لا يليق بها خدمة نفسها بأن كانت تخدم في بيت أبيها ، أو كانت من ذوي الأقدار، لأنه من المعاشرة بالمعروف ، ولأنّه ممّا يحتاج إليه على الدوام.[4]

ثانيا : قانونا

قسّم المشرع الجزائري الحقوق إلى نوعين: الحقوق الشخصية والحقوق المالية:

1- الحقوق والواجبات الشخصية:ذكرها في الفصل الرابع من ق.أ وقد خصّص بعد تعديله لهذا القانون مادتين لهذه المسألة، ففي م 36 ذكر الواجبات المشتركة وهي:

أ-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

ب-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

ج-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

د-المحافظة على روابط القرابة بالحسنى ،وزيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف

هـ-العدل بين الزوجات في حالة التعدد[5].

2-الحقوق والواجبات المالية:

أ- الحقوق المالية المشتركة:من الميراث:كما نصت عليه م 126 قا.أ وكذلك م 130 قا.أ،

---

1 الدر المنثور في التفسير بالمأثور644/2.

2 سبق تخريجه.

3 رد المحتار ج385/5 ،مواهب الجليل ج13/4 . ،المغني ج141/8 ، روضة الطالبين وعمدة المفتين النووي 657/5 .

4 مواهب الجليل ج221/4 ، رد المحتار ج303/5 ،المغني ج237/8 .

5 ق.أ.ج.ر م36 العدد 15 ص21 .

ب- الصداق:ذكره المشرع في م9معدلة على [أنّه من شروط الزواج التي يجب توفرها في عقده][1]وذكره في م14تعريفا له :[الصداق هو مايدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهوملك لها تتصرف فيه كما تشاء][2].

وفي م15معدلة تحديدا له :[يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل]وفي م16على أنه حق :[تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول]وفي م17حالة النزاع : [النفقة الشرعية إما بالدخول بالزوجة أوبدعوتها إليه ببينة من السكن وكذلك في المأكل والملبس سواء الزوجة أو بالأولاد][3]، ونلاحظ:

1- أنّ المشرع اكتفى في ذكر الحقوق بالعموم والإجمال بل ببعض التكرار والإنشاء الذي من المفترض أن ينزه عنه تشريع يتسم بالدقة والاختصار مثل قانون الأسرة.

2- لم يتعرض لحق الطاعة والخدمة لا تصريحا ولا تلميحا ،بل ساوى بين الزوجين في الحقوق والواجبات كما أسلفنا، ولوأخذ بالقول الوسط وهو العرف لحسن ؛ لأنها مما يقع فيه الخلاف كثيرا.

3-. لم يتعرض المشرع إلى ذكر حقوق كل منهما على سبيل الانفراد والاختصاص.

ثالثا : صور التعسف فيها

1-ترك المعاشرة :ذكرنا أنّ من الحقوق المشتركة استمتاع كل منهما بالآخر،إلاّ أنّ الزوج قد يعتقد انفراده بهذا الحق فيعطل زوجته عنه ،استنادا لقول الشافعية :"أنّه لا يجب على الزوج وطء زوجته، ولا يجبر عليه قضاء، ولا إثم عليه في تركه، لأنّه حقه، فجاز له تركه، ولعدم إتيانه بالتصنع "[4]

لكن خالف الشافعيةَ في ذلك سائرُ الفقهاء ، فقال الحنفية وقول لبعض الشافعية، "أنّ للزوجة مطالبة زوجها بالوطء وإذا طالبته به فيجب عليه ويجبر عليه في الحكم مرة واحدة، والزيادة على ذلك تجب عليه ديانة فيما بينه وبين الله تعالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح".

وقال المالكية :"الجماع واجب على الرجل للمرأة في الجملة إذا انتفى العذر، ويقضى عليه به حيث تضررت بتركه فإذا شكت قلته قضي لها بليلة في كل أربع على الراجح "[5]

---

[1]ق.أ .ج.ر العدد 15 ص20

[2]ق.أ.ج.ر العدد 15 ص22

3 ق.أ.ج.ر المواد 18،17،16،15،14،9،العدد 15 ص20 .

4 مغني المحتاج ج3 / 251،.

5 . بدائع ج 2 / 331 ، التاج والإكليل لمختصر خليل ج16/4 . ،والذخيرة 4 / 416

وقال الحنابلة :"يجب في كل أربعة أشهر مرة إلاّ لعذر ،لأنه لو لم يكن واجبا، لم يصر باليمين على تركه واجبا، كسائر ما لا يجب، ولأن النّكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كالرجل، فيكون الوطء حقا لهما جميعا، ولوجوب الاستئذان في العزل، فإن أصرّ الزوج على ترك الوطء حتى انقضت الأربعة الأشهر بلا عذر، فرّق القاضي بينهما بطلبها، كالمولي والممتنع عن النفقة ولو قبل الدخول" [1]

أمّا ق.أ فلم يتطرق إلى الموضوع ،إنما نصّ على جواز طلب التطليق للضرر في م53معدلة في الفقرة 10"كل ضرر معتبر شرعا "[2]ولا شكّ أنّ هذا العموم يشمل ترك المعاشرة .

2–المبالغة في الطاعة: سبق أن ذكرنا أنّ للزوج على زوجته حقّ الطاعة، ومخالفة أمر الزوج والخروج على طاعته فيه الإثم العظيم ، لما روى جابر ﵁أنّ النبي ﷺقال : (ثلاثة لا يقبل الله لهم صلاة ، ولا ترفع لهم إلى السماء حسنة : العبد الآبق حتى يرجع إلى مواليه فيضع يده في أيديهم ، والمرأة الساخط عليها زوجها حتى يرضى ، والسكران حتى يصحو) [3].

لكن طاعة المخلوق ممّن تجب طاعته كالوالدين والزوج وولاة الأمر ، مقيدة بضوابط منها:

أ–أن لا يكون في معصية ،لحديث صفية عن عائشة﵂:أنّ امرأة من الأنصار زوجت ابنتها ، فتمعط شعر رأسها ، فجاءت إلى النّبيّ ﷺفذكرت ذلك له ، فقالت : إنّ زوجها أمرني أن أصل في شعرها فقال : لا ، إنه قد لعن الموصلات)[4] قال ابن حجر : لو دعاها الزوج إلى معصية فعليها أن تمتنع ، فإن أدبها على ذلك كان الإثم عليه [5]

ب–الرفق بها في الخدمة لحديث لقوله ﷺأيضا :(إن الله رفيق يحب الرفق ويعطي على الرفق ما لا يعطي على العنف)[6] ، والرفق يكون بألاّ يحملها من العمل ما لا تطيق.

ج–ألاّ يجعل الطاعة ذريعة لقهر المرأة واستعبادها لأنّ النّفس مجبولة على الشح .

1–**الإفراط في الخدمة**: ذكرنا الخلاف في مسألة خدمة المرأة زوجها وأنّ الراجح في ذلك وجوب الخدمة أو إرجاع المسألة على الأقل للعرف ،لكن هناك ضوابط لخدمة المرأة زوجها منها:

---

1 المغني ج151/8 .

2 ق.أ.ج.ر م53 العدد15 ص21 .

3 أخرجه ابن عدي في الكامل 3 / 1074 ، واستنكر الذهبي هذا الحديث كما في فيض القدير للمناوي 3 / 329

4 البخاري كتاب النكاح باب لا تطيع المرأة زوجها في معضية حديث رقم 5205 ص931 .

5 الفتح كتاب النكاح ج2315/2 .

6 أحمد مسند علي ين أبي طالب رقم:902 ج552/1 والبزار وأبو يعلى وأبو خليفة لم يضعفه أحد وبقية رجاله ثقات(مجمع 40/8).

أ-مراعاة قدرة المرأة الحسية والمعنوية فقد تكون المرأة ضعيفة أو مريضة أو في غير طبعها -إمّا لعادة أو حمل أو إرضاع -لا تستطيع تأدية بعض الأعمال ،وتكليفها بما لا تطيق حرج منهيٌّ عنه.

ب-أن تكون الخدمة قاصرة على الزوج فقط أمّا باقي الأقارب فليس واجبا على المرأة،وجبر المرأة على ذلك من الظلم الظّاهر إلاّ إذا تطوعت بمحض إرادتها من باب الإحسان والخير .

ولم يعرض قانون الأسرة الجزائري لمسألة الخدمة لئلا يناقض توجهه الذي ألحّ عليه وهو المساواة بين الرجل والمرأة وفي ذلك ماقدمنا من الكلام.

المطلب الثاني : في موضوع الفرقة (الطلاق)

الفرع الأول : طبيعة الطلاق

البند الاول : شرعا

اتفق الفقهاء على أصل مشروعية الطلاق وعلى أنه تعتريه الأحكام الخمسة، وذلك بحسب الظروف والأحوال التي ترافقه .واستدلوا على ذلك بآيات الطلاق ،وبقوله ﷺ : (ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق)[1] ،وحديث عمر رضي الله عنه :(أن رسول الله ﷺطلق حفصة ثم راجعها)[2].لكن اختلفوا في طبيعة الطلاق إلى قولين:

أولا : الأصل في الطلاق الإباحة

ذهب الحنفية إلى أنّ الأصل في الطلاق هو الإباحة للأدلة التالية:

1- إطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه .

2-ولأنّ الرسول ﷺطلق حفصة، وفعله الصحابة، ولو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه.

3-أنّ الله تعالى جعل الطلاق بيد الرجل يوقعه بمليء إرادته وحده وهو حر في استعمال هذا الحق وبأي وقت شاء دون أن ترتب عليه أية مسؤولية ولا يجوز فرض الرقابة عليه فيما يفعل[3].

1 أبو داود كتاب الطلاق باب في كراهية الطلاق حديث رقم 2177ج 500/2 ورواه أبو داود والبيهقي مرسلا ليس فيه ابن عمر ، ورجح أبو حاتم والدارقطني في العلل والبيهقي المرسل ، وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية بإسناد ابن ماجه وضعفه بعبيد الله بن الوليد الوصافي وهو ضعيف ، ولكنه لم ينفرد به فقد تابعه معرف بن الواصل ، إلا أن المنفرد عنه بوصله محمد بن خالد الوهبي .ورواه الدارقطني عن معاذ بن جبل بلفظ : (ما خلق الله شيئا أبغض إليه من الطلاق) وإسناده ضعيف ومنقطع أيضا(تلخيص رقم 1725 ج417/3 .

2 أبو داود كتاب الطلاق باب في المراجعة رقم:2283 م527/1 والحاكم وقال هذا حديث على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.(تلخيص471/3)

3 الدر المختار: 2/571 وما بعدها، فتح القدير: 3/21-22

ثانيا : الأصل في الطلاق الحظر

أنّ الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع وخلاف الأولى، والأولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أوإيذائها أحداً، لما فيه من قطع الألفة، وهدم سنة الاجتماع، والتعريض للفساد،استدلالا بما يلي:

1-قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾النساء: 34 وجه الدلالة أن الله نهى عن ظلم النساء إذا أطعنهم ومن الظلم طلاقها .

وللحديث السابق: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) .

وحديث: (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة) [1]، ففيه دليل على أن سؤال المرأة الطلاق من زوجها محرم عليها تحريماً شديداً؛ لأن من لم يرح رائحة الجنة غير داخل إليها أبداً، وكفى بذنب يبلغ بصاحبه إلى ذلك المبلغ مشيراً إلى خطورته وشدته،

حديث(لا تطلقوا النساء إلا من ريبة، فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات)

ثالثا : الطلاق حق من الحقوق الخاضعة لإشراف القضاء

هذا الرأي لبعض المتأخرين أنّ للرجل حق الطلاق يستعمله في أي وقت بإرادته المنفردة ، إلا أنّه لابد أن يخضع في ذلك لإشراف القضاء ، فمن استعمل حق الطلاق واعتبره القضاء متعسفاً في إيقاعه وجب عليه التعويض للزوجة المطلّقة ، وذهبت بعض القوانين العربية إلى أبعد من ذلك فسلبت من الرجل حق الطلاق وجعلته بيد القضاء بدافع أنّ المصلحة تقضي بذلك بعد أن أساء أكثر الرجال استعمال هذا الحق،واستدلّوا بما يلي:

1-أنّ ذلك من باب المصالح المرسلة وهي من أصول التشريع.

2-أنّه من باب السياسة الشرعية ،أي أنّ الحاكم يجوز له فعل ما يراه مناسبا للرعية.

مناقشة الأدلة :

أمّا أدلّة المذهب الأوّل فالآيات إمّا لبيان إباحة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر، أولبيان وقت الطلاق المفضل شرعاً وهو وقت ابتداء أو استقبال العدة. وأمّا طلاق حفصة وتطليق بعض الصحابة، فلم يثبت أنّه كان لغير حاجة أو سبب يدعو إليه. والظّاهر هو أنه لحاجة؛ وإلا فهو كفر بنعمة الزواج، وإيذاء محض بالزوجة وأهلها وأولادها .

---

1 الترمذي أبواب الطلاق واللعان باب ما جاء في المختلعات رقم:1187 ج478/2 وقال هذا حديث حسن.

أما أدلّة المذهب الثاني فالآية فواردة في النّشوز حسب سياق الآية ، ثم إن المقصود هو عدم التعرض لهنّ بعد رجوعهن عن النشوز وليس فيه دلالة على حرمة الطلاق.

وأمّا حديث (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) فالمراد بالحلال: ما ليس فعله محظورا، ويشمل المباح والمندوب والواجب والمكروه، وقال ابن عابدين: إنّ كونه مبغوضاً لا ينافي كونه حلالاً، فإنّ الحلال بهذا المعنى يشمل المكروه، وهو مبغوض وأمّا حديث(لا تطلقوا النساء إلا من ريبة) فضعيف[1] قال الهيثمى رواه البزار والطبرانى فى الكبير والأوسط وأحد أسانيد البزار فيه عمران القطان وثقه أحمد وابن حبان وضعفه يحيى بن سعيد وغيره[2] .

أمّا الثالث فأصل هذه الفكرة هو أنّ المجلس الاجتماعى لهيئة الأمم المتحدة قد أوصى منذ سنة 1965 م " بعدم جواز إيقاع الطلاق أو التفريق القضائى إلاّ بواسطة سلطة مختصة مع وجوب تسجيله قانونا " ، علما بأنّ قرارات هيئة الأمم المتحدة ملزمة لكافة الدول الأعضاء .

قال د.الزحيلي:" وليست الدعوة المعاصرة إلى جعل الطلاق بيد القاضي ذات فائدة؛ لمصادمة المقرر شرعاً، ولأنّ الرجل يعتقد ديانة أنّ الحقّ له، فإذا أوقع الطلاق، حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي. وليس ذلك في مصلحة المرأة نفسها؛ لأنّ الطّلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها، فإذا أصبح الطلاق بيد القاضي انكشفت أسرار الحياة الزوجية ، وقد يعسر إثبات الأسباب لنفور طبيعي وتباين أخلاقي"[3]وبسط القول يأتينا في مبحث تعسف القاضي.

البند الثاني : قانونا

تطرق القانون إلى هذه المسألة في م 49معدلة :[لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ،يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ،تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة][4].

فمن خلال القراءة الأولى لهذه المادة يتضح جليا أنّ المشرع تبنّى الإتجاه الثّالث الذي يرمي إلى تأميم الطلاق وجعله بيد القاضي ؛ حتى أنّ النّصّ فيه نفي قاطع لثبوت الطلاق إلا إذا تدخّل القاضي؛ بل إنّ

1 رد المحتار ج427/4 ، والشرح الكبير 2 /569 ، ومغني المحتاج ج3/ 307 ، والمغني ج234/8 .

[2] بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد نور الدين بن أبي بكر الهيثمي كتاب الطلاق باب فيمن يكثر الطلاق وسبب الطلاق رقم:7761ت:محمد الدرويش دار الفكر ط1414-1994 ج616/4.

[3] الفقه الإسلامي وأدلّته د. وَهْبَة بن مصطفى الزّحَيلي، دار الفكر دمشق ط4 ج687/9.

4 ق.أ.ج.ر م49 ص21 .

القانون ذهب إلى أبعد من ذلك إذ نص صراحة على أنّ الرجعة وما يتبعها من عدة إنمّا يكون ضابطها الزماني هو صدور حكم القاضي ،نصت م 50:[من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد][1] .

وتبنّي المشرع هذا الاتجاه دون النّظر إلى مايترتب عليه من مفاسد تفوق المصالح التي أرادها المشرع من خلال تبنيه لهذا الرأي ، وسنذكر إشكالات هذه المادّة في مبحث تعسف القاضي مع اقتراح البديل.

الفرع الثاني : مرجعية الحق في الطلاق

والقصد في هذا بيان من يرجع إليه الحق في الفرقة أي هل الطلاق حق لله أو حق للعباد ؟ لما ينبني على هذا التقرير من أحكام مختلفة ؛لأنّ من لا يوقع الطلاق في بعض المسائل المختلف فيها كاالطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بلفظ الحرام أو الحلف بالطلاق يحتجّ بأنّ الطلاق حق للعباد ؛ فينيط إيقاعه بالمفاسد والمصالح ،ويتضح أنّ الخلاف فيها مذهبان ندرجهما في هذين البندين.

البند الاول: الطلاق حق لله

قال الونشريسي[2] :"إنمّا يلزم الطلاق ولا يلزم إسقاط الشفعة لأن الأول حق لله عز وجل لا يملك المطلق رده إذا وقع ولا يرجع فيه برضى المطلقة وإسقاط الشفعة حق للمشتري فيصح الرجوع فيه "[3] وهذا القول منسوب لابن رشد في مسائله [4]وقال برهان الدين الحنفي: لأن في الطلاق حق لله تعالى لما فيه من تحريم الفرج، ولهذا قبلت الشهادة عليه من غير دعوى، وحق الله تعالى يثبت بقول الشاهد الواحد إذا كان عدلاً بلفظ الخبر من غير قضاء قاض[5] .

قال النابغة [6]صاحب البوطليحية:

والحق في الطلاق لله علا	فما لمن طلق قدرة على
رد الطلاق برضى المطلقة	بعد وقوعه وإن قد علقه

1ق.أ.ج.ر م50 ص15.

[2]أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي التلمساني له المعيار وإيضاح المسالك إلى قواعد مالك ت سنة 914 .

3 عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق الونشريسي ط11420 دار الغرب الإسلامي بيروت ص275.

[4]شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة. ت أحمد فريد المزيدي دار الكتب العلمية 1428 هـ - 2007 م 236/2

[5]الميحط البرهاني محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازه دار إحياء التراث العربي ج486/2.

[6]سيدي محمد بن اعمر النابغة الغلاوي نسبا الشنقيطي وطنا من قبيلة الغلال ، له شرح إضاءة الدجنة والمباشر على ابن عاشر ومغني اللبيب في التصوف توفي سنة 1245هـ.

ومن ذلك مسألة طلاق أمِّ العيال فإن هناك من أفتى بعدم لزوم الطلاق الثلاث فيها نظرا لمصلحة الأولاد ومعلوم أن هذا تخصيص للنصوص الشرعية بلا مخصِّص قال النابغة :

وقول بعض الأغبيا أم العــيال ليست تطلق من أضعف المقال

إذ ذاك تخصيص من الشيطان لسنة الرســـــــــول والقرآن

لكونه رأيا وليس حكـــــما فخل قائليه صما بكـــــما

أفتى بذاك شيخنا ابن العاقل وهو ظاهر لكل عاقـــــــل[1]

البند الثاني : الطلاق حق للعباد

ولم أجد هذه الجزئية قد تُطرق إليها تخصيصا إلا أقوالا عابرة في سياقات مختلفة،وعلى أنّه مشترك فهو حق لله من جهة وحق للعبد من جهة ثانية وهو ما صرح به برهان الدين الحنفي :" إلا أنّ في الطلاق حق العبد أيضاً وهو إزالة ملك النكاح"[2] وإنّ القول بأنّ الطلاق حق خالص للعباد لم أجد –حسب بحثي–من يقول به إلاّ بعض المتأخرين :" لأنّ الطلاق حق آدمي، وحق الآدمي ما يعذر فيه بالجهل والنسيان،[3].

ولو عرضنا هذين القولين على ضابط التفرقة بين حق الله وحق العباد في قول القرافي :"حق الله أمره ونهيه وحق العباد مصالحهم"[4]،سنجد أنّ الطلاق يدخل في حقوق الله لأنّه ممّا أمر الله به ونهى.

الفرع الثالث : أهلية الطلاق

والغرض من هذا العنوان بيان من له الأهلية في إيقاع الطلاق هل الرجل أو المرأة، للوصول إلى معرفة الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل ،لتوضيح أن هذا التشريع ليس ظلما للمرأة ولا تعسفا في حقها ،بل هو في غاية الحكمة ،وسنبدأ بالكلام على أهلية كل من الرجل والمرأة لمنصب الفرقة، وقبل ذلك لا بد من توضيح حق الطلاق هل هو خالص للرجل بلا شركة أم لا؟وهل ظلمت المرأة بإسناد الطلاق إلى الرجل ؟

والجواب أن نظام الفرقة في الإسلام إمّا أن يكون بإرادة منفردة وإما أن يكون باتفاق الطرفين وإما بتدخل طرف ثالث .

فالأول –أي ما هو بالإرادة المنفردة –أقسام ثلاثة:

---

1 نظم المعتمد من الأقوال للنابغة ت:يحي بن البراء المكتبة المكية ،مؤسسة الريان ط1 1422–2002 ص104.

[2]الميحط البرهاني ج486/2

[3]الشرح الممتع على زاد المستقنع العثيمين دار ابن الجوزي ط1422/1– 1428 هـ ج160/13.

[4]الفروق شهاب الدين القرافي ت:عبد الحميد هنداوي المكتبة العصريةبيروت ط1423/1–2002 ج161/1.

* الطلاق الذي هو حق خالص للزوج أي أن الرجل يملك مفارقة زوجته إذا وجد ما يدعوه إلى ذلك بعبارته وإرادته المنفردة.

*الطلاق الذي تملكه الزوجة بالفداء أي بالخلع ولو بغير إذن الزوج .

*الطلاق الذي تملكه الزوجة بالتفويض سواء كان توكيلا أو تمليكا أو تخييرا .

والثاني:فما يتم باتفاق الزوجين على الفراق وهو يتم من غير حاجة إلى قضاء .

والثالث قسمان :تفريق القاضي وتفريق الحكمين.

فأما تفريق القاضي فنوعان :

التفريق بين الزوجين إذا قام من الأسباب ما يدعوه لذلك ، حماية لحق الله تعالى ، كما في ردة أحد الزوجين المسلمين أو إسلام أحد الزوجين المجوسيين وامتناع الآخر عن الإسلام وغير ذلك.

التفريق بناء على طلب التطليق الذي تملكه الزوجة إذا وجد مايبرر أسبابه كإعسار الزوج أو غيبته لكن ذلك لا يكون بعبارتها بل بقضاء القاضي.

وأما تفريق الحكمين فواقع كذلك على أصح المذاهب كما سنذكره في مبحث الحكمين.

إلا أنّ ذلك كله وإن كان فرقة لكن لا يسمى طلاقا منها إلا ماأوقعه الزوج بعبارته وإرادته ،والباقي له اصطلاحات أخرى كالفسخ للقاضي وكالخلع في الفداء وغيره .

إذًا بناء على معرفة هذا النّظام العادل في فرق الزواج يزول كل لبس أو شبهة لدى من يقول إنّ الشرع قد ظلم المرأة في إسناد الطلاق للرجل ،ومما يقوي ذلك ماسنعرضه عبر هذين البندين في بيان أهلية الطلاق.

أمّا الجواب عن الثاني وهو ظلم المرأة فنقول إنّ المعضلة الحقيقية في التصورات الخاطئة التي تنتج أحكاما خاطئة وسبب التصور الخاطئ هو عدم النظر بتجرد وموضوعية لذلك قيل :

نظروا بعين عداوة لو أنـــــــــها *******عين الرضا لاستحسنوا ما استقبحـــــــــوا[1]

فالذي ينظر إلى جزء من التشريع ويترك الباقي لنصرة فكرته ،لا موضوعية له ولا يمكن أن يصل لنتائج حقيقية وعليه فهذا الطرح ليس موضوعيا أبدا لسببين:

الأول:لأنّ جعل الطلاق بيد الرجل ليس على الإطلاق ؛كما قدمنا فالمرأة كذلك لها الحقّ في الفرقة بالخلع أو في التفويض أو بالرفع إلى القاضي.

---

1 البيت للشريف الرضى المنتظم كما في تاريخ الملوك والأمم عبد الرحمن بن الجوزي دار صادر بيروت ط1 1358 ج281/7.

الثاني:جعل الطلاق بيد الرجل يقابله ماتجنيه المرأة بإيقاع الرجل الطلاق من مهر ونفقة ومتعة والرّجل لا يأخذ شيئا من ذلك،؛ إذا فغنائم الرجل في إيقاع الطلاق ؛يقابلها مغارمه في التعويض ،وغنيمة المرأة في التعويض يقابلها غرامتها في جعل الطلاق بيد الرجل على قاعدة الغنم بالغرم ،ولو أتينا إلى معيار الحسابات والأرباح فالمرأة هي الرابحة في الفراق لأنّ الشّرع ضمن لها حقوقها كاملة خاصة المهر الذي فصّل فيه القرآن في جميع الحالات ومن هذين المبدأين تدحض شبهة ظلم المرأة.

البند الأول: أهلية الرجل

سبق أن قدمنا في مبحث القوامة أسباب تفضيل الرجل وهي أسباب حقيقية ظاهرة تؤهل الرجل للمهمات الجسام وأهم هذه الصفات ما يلي:

أولا: العلم والمقصود به سعة العقل ودرجة الاستيعاب ليس للعلوم فقط؛ بل لخبايا الحياة قال الرازي:"لا شكّ أنّ عقول الرجال وعلومهم أكثر ، ولا شك أنّ قدرتهم على الأعمال الشاقة أكمل ، فلهذين السببين حصلت الفضيلة للرجال على النساء في العقل والحزم والقوة "[1]ومن نظر إلى تاريخ الإنسانية يجد أنّ العباقرة والأذكياء والمخترعين والسياسيين والقادة المحنكين هم رجال وليسوا نساء .

ثانيا: القدرة الجسدية والمادية لدى الرجال وهو أمر مشاهد مألوف لا يتمارى فيه اثنان ،لذا كُلِّف الرجل دون غيره بالجهاد والقيام بالأعمال الشاقة.

ثالثا:الصبر وكثرة التحمل لذا فطر الرجل على المشاقّ وتحمل الصعاب من كد وحرب ..

البند الثاني: أهلية المرأة

كما أودع الله تعالى صفات موافقة لطبيعة الرجل ،تؤهله للقيام بما أوكل إليه ،جعل صفات موافقة لطبيعة المرأة تؤهلها للقيام بما أسند إليها من مهام وقبل أن نذكر هذه الصفات ؛نتكلم على العوارض والخصائص التي جبلت عليها المرأة فهي :

-عرضة لتغيرات جسمانية ونفسانية ،بسبب ما يخرج منها من دماء الحيض والاستحاضة والنفاس .

-محل ووعاء للحمل وتطور الجنين ،بما خلق الله تعالى فيها من قرار مكين أي الرحم .

-وهي مطعم كامل الحاجيات للجنين عندما يخرج من بطنها ؛بما خلق الله لها من منبع للبن

-وهي منبع أحاسيس ومشاعر تقهرها للحنو على طفلها ،والرحمة به والقيام بشؤونه في كل الظروف. ،هذه المذكورات ونحوها لم يجعلها الله تعالى للرجل، فهي خاصّة بالمرأة.

---

1 التفسير الكبير ج88/10 .

إذًا هذه الخصائص هي التي تحدد صفات المرأة ،لأنّ الصفة عرض نابعة من الذات ،وهذه الذات تتميز بما قدمنا، فطبيعي أن تكون الصفات تابعة في تكوينها لجوهرها القائمة به وإلاّ لزم لمحال في مخالفة الصفة للذات ؛لذا فالمرأة خلقت لوظيفة معينة تؤثر في نمط سلوكها ،وهذه الصفات:

أولا:سرعة الانفلات العاطفي ،من غضب وحب وبغض بسبب طبيعة تكوينها ،وطبيعة الخلفية العاطفية الناشئة من الوظيفة المسندة إليها من الحنو والرأفة بالطفل . فهي إذا أحبّت أو كرهت، وإذا رغبت أو غضبت، اندفعت وراء العاطفة، لا تبالي بما ينجم عن هذا الاندفاع من نتائج، ولا تتدبر عاقبة ما تفعله، فلو جعل الطلاق بيدها لأقدمت على فصم عرى الزوجية لأقل المنازعات التي لا تخلو منها الحياة الزوجية، وتصبح الأسرة مهددة بالانهيار بين لحظة وأخرى تهديدا أشد وأخطر من ذاك التهديد حال كون القوامة للرجل.

ثانيا:قلة الصبر والتحمل والاتّزان في جميع الأحوال ،مما يجعلها تبادر بآخر شئ فتجعله أولا.

ثالثا:غياب المهارات والذكاء اللازم لتخطي الصعاب والعقبات.

وعليه فمن أراد أن يتحكم ويساوي المرأة بالرجل ،فليغير خلق المرأة ولينزع خصائصها الظاهرة والباطنة ،ثم ليركب لها ما هو من خصائص الرجال ،الظاهرة والباطنة لتتأهل لذلك ،وإذا تمّ هذا الأمر فلينظر إلى النتيجة سيجد تهافتا وقلبا للحقائق لا يستقيم معه نظام العوالم ، بل يكون حريًّا بالإفناء ،إذًا فالأجدر إسناد مهمة القيادة للرّجل ،وإلا فإنّ الأُسَر لن تبقى لها باقية فالمرأة ليست وظيفتها تتوافق مع ذلك ﴿ فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِى فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَا ﴾الروم: 30 ، ولنسمع ماذا يقول العلم الحديث ؟.

فقد أثبت الطبيب العالم " د.روجرز سبراي " الحائز على جائزة نوبل في الطب وجود اختلافات بين مخ الرجل ومخ المرأة الأمر الذي لا يمكن معه إحداث مساواة في المشاعر وردود الأفعال ، والقيام بنفس الأدوار.

وقد أجرى طبيب الأعصاب في جامعة (بيل) الأمريكية بحثاً رصد خلاله حركة المخ في الرجال والنّساء عند كتابة موضوع معين أو حل مشكلة .. فوجد أنّ الرجال يستعملون الجانب الأيسر من المخ ،أمّا المرأة فتستعمل الجانبين معاً أي أن نصف مخ الرجل يقوم بعمل لا يقدر عليه إلا كامل عقلها .

وهذا ما اكتشفه البروفيسور (ريتشارد لين) من القسم السيكولوجي في جامعة ألستر البريطانية حيث يقول : (إن عدداً من الدراسات أظهرت أن وزن دماغ الرجل يفوق مثيله النسائي بحوالي أربع أوقيات وأن

هذا الحجم مرتبط بالذكاء وهذا يشرح أسباب حصول الرجال في بريطانيا على ضعفى ما تحصل عليه النساء من علامات الدرجة الأولى "[1] وهو معنى قوله تعالى :﴿ وَلَيْسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلْأُنثَىٰ ﴾آل عمران: 36

الفرع الرابع : تطبيقات التعسف في الطلاق

البند الأول : الطلاق البدعي

الإخلال بشروط الطلاق السنّي يجعل الطلاق بدعيا ، وعليه فصوره هي مايلي :

أولا: الطلاق في الحيض: المدار على معرفة السني والبدعي من الطلاق القرآن والسنة ، أما القرآن فقوله تعالى ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ ﴾الطلاق: 1،

وقد فسّر ابن مسعود ﷺبأن يطلقها في طهر لا جماع فيه [2]. وقال ابن عباس: الطلاق على أربعة أوجه وجهان حلال ووجهان حرام فأما اللذان هما حلال فأن يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع أو يطلقها حاملاً مستبيناً حملها وأمّا اللذان هماحرام فأن يطلقها حائضاً أو يطلقها عند الجماع لا يدري اشتمل الرحم على ولد أم لا"[3]. .وأمّا من السنة فحديث ابن عمر الآتي ، والطلاق في الحيض صحيح وإن كان بدعيا ولا تناقض بين الوصفين لاختلاف الاعتبارات وجهات النظر وهذا قول أكثر أهل العلم.

وخالف في ذلك الروافض والخوارج وتبعهم بعض الظاهرية ومنهم ابن حزم وابن تيمية[4] وابن القيم[5] .

1–أدلة الجمهور:استدل الجمهور لقولهم بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أ–من الكتاب:قوله تعالى﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ ﴾ البقرة: 236 وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴾ الأحزاب: 49 وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ الطلاق: 1.

1المرأة بين الفقه والقانون ص299.

1 السنن الكبرى النسائي كتاب الطلاق ، طلاق السنة حديث رقم:5557، ت:حسن عبد المنعم شلبي مؤسسة الرسالة ط1421/1–2001 ج249/5.

3 سنن الدارقطني أول كتاب الطلاق وغيره حديث رقم:3890 ت:شعيب الأرنؤوط حسن شلبي سعيد اللحام مؤسسة الرسالة ط1424/1–2004 ج9/5.

4ابن تيمية (661 - 728 هـ = 1263 - 1328 م) أحمد بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر.سافر إلى دمشق سنة 712 هـ، واعتقل بها سنة 720 وأطلق، ثم أعيد، ومات معتقلا بقلعة دمشق أعلام 144/1.

5 محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين المشهور بابن قيم الجوزية: (691 - 751 هـ = 1292 - 1350 م) تتلمذ لابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شئ من أقواله، بل ينتصر له في جميع ما يصدر عنه. أعلام 56/6.

وجه الدلالة أن الآيات عامّة في جميع أنواع الطلاق سواء كان سنّيا أو بدعيا وهذا العموم لا يجوز تخصيصه إلا بنصّ أو إجماع.

ب- من السنة:ب1-ما رواه مالك في الموطّأ عن نافع أن ابن عمرﷺ طلّق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطّاب رسول الله ﷺعن ذلك فقال رسول الله مره فليراجعها ثمّ يمسكها حتىّ تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر ثمّ إن شاء أمسكها بعد وإن شاء طلّق قبل أن يمس فتلك العدّة التي أمر الله أن يطلّق لها النساء }[1].

ب2-ما رواه البخاري عن أنس بن سيرين قال: طلق ابن عمر امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي ﷺفقال (ليرجعها) . قلت تحتسب ؟ قال فمه ؟ .وعن قتادة عن يونس بن جبير عن ابن عمر قال (مره فليرجعها) . قلت تحتسب ؟ قال أرأيت إن عجز واستحمق، وقال أبو معمر حدثنا عبد الوارث حدثنا أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال حسبت علي بتطليقة [2].وجه الدّلالة من الحديث أن الأمر بالمراجعة يدل على احتساب الطلقة وإلا كان لغوا ،ثم التصريح باحتساب الطلقة دليل على وقوعه.

ب3-ما رواه البخاري أنّ ابن عمر ﷺطلق امرأة له... وكان إذا سئل عن ذلك قال لأحدهم إن كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك ، وزاد فيه غيره عن الليث حدثني نافع قال ابن عمر لو طلقت مرة أو مرتين فإنّ النبي ﷺأمرني بهذا[3] .

ب4-وفي رواية:(..وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها وراجعها..)[4].

ب5-ما رواه أنس عن ابن عمرﷺ قال :.. فسألته هل اعتددت بالتي طلقتها وهى حائض قال ومالي لا أعتد بها إن كنت عجزت واستحمقت و في رواية فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقتها)[5].

ب6-تبويب البخاري:باب إذا طلقت الحائض يعتد بذلك الطلاق وساق حديث ابن عمر ﷺبدون أي إشارة إلى خلاف وتبويب مسلم بقوله:" باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق"،ونصّ مسلم على احتساب تلك التطليقة حيث قال :"وحسبت لها التطليقة التي طلقها[6].

ت-الإجماع

---

[1]الموطأ كتاب الطلاق باب ما جاء في الأقراء وعدّة الطلاق وطلاق الحائض رقم:1220 ص408 .

2 متفق عليه البخاري ،كتاب الطلاق باب إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق حديث رقم5252ص938.

3البخاري كتاب الطلاق باب {وبعولتهن أحق بردهن } حديث رقم:5332 ص952 .

4 مسلم كتاب الطلاق باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها حديث رقم3657

5البيهقي كتاب الخلع والطلاق باب الطلاق يقع على الحائض وإن كان بدعيا ج534/7 .

6متفق عليه البخاري ،كتاب الطلاق باب إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق رقم5252ص938 .

روي وقوع الطلاق البدعي عن عمر،[1] وعثمان [2] وعلي وابن مسعود والمغيرة بن شعبة والحسن بن علي[3] وابن عباس وأبي هريرة وابن الزبير وعائشة ، [4] وعمران بن حصين [5] ، وأنس ، وغيرهم بدون أن تصح مخالفة أحد من الصحابة لهم، قال ابن حجر :"فالمخالف بعد هذا الإجماع منابذ له والجمهور على عدم اعتبار من أحدث الاختلاف بعد الاتفاق "[6].

ج–المعقول: قالوا إنّ تحريم الطلاق البدعي لا يمنع من ترتيب أثره عليه كالظهار فهو محرّم و سماه الله منكرا من القول وزورا؛ و رتّب أثره عليه من الحرمة،وكالقذف فهو حرام وترتب أثر الحد على القاذف

إنّ لفظ المراجعة الوارد في الصحيحين من الألفاظ الشرعية كالطلاق وغيره ، والمقصود بها العودة إلى المعاشرة الزوجية بعد الطلاق الرجعي لأن النبي ﷺبعث لبيان الشرعيات والحقيقة الشرعية هي المتعينة عند الإطلاق إلا عند وجود صارف ولا صارف ، ولفظ المراجعة يفيد وقوع الطلاق في الحيض فضلا على الأخبار التي تفيد احتساب الطلقة.

الاحتياط للفروج ؛لأن الأصل في الأبضاع التحريم والإحتياط يقتضي وقوع التحريم [7].

1–**أدلة المخالف**:استدل المخالف بالكتاب والسنة والمعقول.

أ–من الكتاب :قوله تعالى :{فطلقوهن لعدتهن }ووجه الدلالة أن المقصود إذا أردتم تطليق النساء فطلقوهن مستقبلات العدة أي طاهرات من غير جماع ،والمطلق في حيض أو في طهر جامعها فيه قد خالف الآية ،فلا يعتد به.ولوأدخلنا هذا الطلاق البدعي في الطلاق ؛ لجاز لنا أن ندخل الأنكحة الفاسدة في مسمى النكاح، وكذا البيوع الفاسدة في مسمى البيوع .

ب–من السنة:**ب1**–ما رواه أبو داود قال أخبرنى أبو الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عروة يسأل ابن عمر وأبو الزبير يسمع، قال كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضا ؟قال طلق ابن عمر امرأته وهى حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر رسول الله ﷺفقال إن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهى حائض، قال عبد الله فردّها على ولم يرها شيئا وقال (إذا طهرت فليطلق أو ليمسك). قال ابن عمر

1 سنن سعيد بن منصوركتاب الطلاق باب التعدي في الطلاق رقم:1067 ج263/1 .

2 المحلى لابن حزم ج4/ 56.

3 البيهقي كتاب الخلع والطلاق باب الطلاق يقع على الحائض وإن كان بدعيا ج532/7–536 .

4 الموطّأ كتاب الطلاق باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ص408 .

5 المنتقى شرح موطأ مالك القاضي أبو الوليد الباجي ت:محمد عطا دار الكتب العلمية ط1420/1–1999 ج384/5

6 الفتح كتاب الطلاق باب من جوز الطلاق الثلاث ج2340/2 .

7 الفتح كتاب الطلاق باب إذا طلقت الحائض هل يعتد بذلك الطلاق ج2335/2 .

وقرأ النبي ﷺ{ فطلقوهن في قُبُل عدتهن}، ووجه الدلالة واضح من قول ابن عمر رضي الله عنه :"فردها علي ولم يرها شيئا"، أي لم تحسب تلك التطليقة ،وهو يدل على عدم وقوع الطلاق البدعي .

-في إحدى روايات الحديث "وهي واحدة "[1] ،أي الطلقة التي ستكون في الطهر الثاني في قبل العدة لأنها أقرب مذكور إلى الضمير "هي " .

ب2-حديث (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) [2]ووجه الدلالة أن الطلاق في الحيض عمل ليس عليه الأمر لأنه بدعة وكل بدعة ضلالة.

ج- المعقول

* المراد بالمراجعة في الحديث المعنى اللغوي لأن هذا اللفظ لم يستعمل في القرآن بل استعمل الرد والإمساك، كقوله تعالى:{وبعولتهن أحق بردهن }،وقوله تعالى:{فإمساك بمعروف }.

*لفظ الإرجاع مشترك بين النكاح والمعاشرة الزوجية ورد الهبة ، وعند الإحتمال يسقط الاستدلال.

*لم يأمر النبي ﷺابن عمر بالإشهاد على الرجعة ؛فلو وقع الطلاق في الحيض ؛لكان أمره.

مناقشة الأدلة

استدلّ الجمهور بالآيات وبأكثر من ستة أحاديث صحيحة من حيث الثبوت وقاطعة من حيث الدلالة ،ويكفي في ذلك تبويب البخاري "باب إذا طلقت الحائض يعتدّ بذلك الطلاق "،إضافة إلى الإجماع ، والأمر بالمراجعة في تلك الأحاديث يفيد بمفرده وقوع الطلاق في الحيض ؛فكيف وقد صحت الأخبار في احتساب الطلقة ؛ ونص مسلم على احتساب تلك التطليقة .

أما حمل لفظ المراجعة على المعنى اللغوي فتعسف لأن النبي ﷺبعث لبيان الشرعيات لا اللغويات ؛ثم إنّ الكلام يحمل على عرف المخاطب قال ابن السبكي :ثمو هو محمول على عرف المخاطب أبدا ففي الشرع الشرعي لأنه عرفه ثم العرفي العام ثم اللغوي "[3] ؛خاصة أنّ لفظ المراجعة جاء في سياق أوضاع شرعية وهي الطلاق في الحيض ؛بل كلّ ماوقع من نصوص الفقهاء من هذا القبيل على طبق ما ورد في الأحاديث لفظا ومعنى ،وإلا فإنّ زاعم المعنى اللغوي مطالب بتحديد زمن ورود هذا الإصطلاح بعد عصر النبوة.

3سنن الدار قطني أول كتاب الطلاق وغيره ،حديث رقم:3915 ج19/5.

2متفق عليه البخاري كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود حديث رقم:2697 ص440 .

[3]جمع الجوامع ص45.

أما كونه مشتركا بين ثلاثة معاني ؛فيجاب عنه بأن نسبة المراجعة إلى الزوج قياما وإلى الزوجة وقوعا ؛تُعيّن معنى العود إلى المعاشرة الزوجية بعد الطلاق فلا يَرِد الاعتراض بالاشتراك ؛ثم إنّ هناك ألفاظ ثلاثة وهي التراجع أي النكاح ،والإرجاع أي رد الهبة ،والمراجعة أي المعاشرة ؛وهي ألفاظ مختلفة فأين الإشتراك؟

أما كون اللفظ لم يَرِد في القرآن ،فإنّ الكثير من الألفاظ التي وردت في السنة لم يرد ذكرها في القرآن كالسلم ،على أن الرجعة بمعنى المعاشرة والرد ورد ذكرها في أحاديث أخرى[1] ومنها :

عن عمران بن حصينﷺ: أنه سئل عن الرجل يطلق ثم يراجع ولا يشهد؟ فقال: "أشهد على طلاقها وعلى رجعتها"[2]

أما أدلة المخالف فالآية —وإن كان فيها االأمر بالطلاق في الطهر —إلاّ أنّ إيقاعه في الحيض لا يمنع من وقوعه كما حصل لابن عمر لأن الواحد بالشخص له جهتان.

أما رواية أبي الزبير فقد خالف في روايته الجمهور وهم أكثر عددا وأثبت حفظا فروايتهم أولى من روايته ،وقد نقل البيهقي عن الشافعي[3] أنه قال ونافع أثبت عن ابن عمر من أبي الزبير والأثبت من الحديثين أولى أن يقال به إذا خالفه قال وقد وافق نافع غيره من أهل الثبت في الحديث فقيل له أحسبت تطليقة ابن عمر على عهد النبي ﷺتطليقة ؟،قال فمه وإن عجز يعني أنها حسبت والقرآن يدل على أنها تحسب قال تعالى:{الطلاق مرتان}، لم يخصص طلاقا دون طلاق ثم قال وقد يحتمل أن يكون لم تحسب شيئا صوابا ، قال ابن عبد البر :"قوله ولم يرها شيئا ":منكر لم يقله غير أبي الزبير وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بمن هو أثبت منه ؛ ولو صح فمعناه عندي ولم يرها شيئا مستقيما لكونها لم تقع على السنة ، وقال الخطابي:"قال أهل الحديث :"لم يرو أبو الزبير حديثا أنكر من هذا وقد يحتمل أن يكون معناه ولم يرها شيئا تحرم مع المراجعة أو لم يرها شيئا جائزا في السنة ماضيا في الاختيار وإن كان لازما له مع الكراهة"[4].

قال أبو داود روى هذا الحديث عن ابن عمر يونس بن جبير وأنس بن سيرين وسعيد بن جبير وزيد بن أسلم وأبو الزبير ومنصور عن أبى وائل معناهم كلهم أن النبى ﷺأمره أن يراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك ، وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن عن سالم عن ابن عمر، وأما رواية الزهرى عن سالم ونافع عن ابن عمر أن النبى ﷺ (أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن

[1] النووي شرح مسلم كتاب الطلاق ط1/1424-2003ج55/10 ،فتح الباري ج2335/2 .

2 أبو داود كتاب الطلاق باب الرجل يراجع ولا يشهد حديث رقم:2186 م502/1،والترمذي وقال حديث حسن صحيح. وهو أحسن شيء روي في هذا الباب رقم1181

3 البيهقي كتاب الطلاق باب الطلاق يقع على الحائض وإن كان بدعيا رقم:14930 ج535/7 .

[4] الفتح كتاب الطلاق باب إذا طلقت الحائض يعتد بذلك الطلاق ج2336/2 .

شاء أمسك) ، وروى عن عطاء الخراساني عن الحسن عن ابن عمر نحو رواية نافع والزهرى والأحاديث كلها على خلاف ما قال أبو الزبير.[1]

أمّا حديث من عمل عملا وحديث كل بدعة ضلالة ،فالمراد حصول الإثم ؛لأن ردّه غير حاصل لوقوعهن، ورفع الواقع محال.

الترجيح :

من خلال عرض الأدلة ومناقشتها يتبين رجحان قول الجمهور ؛لصحة أدلتهم وصراحتها ،ولو لم يكن لهم دليل إلا كثرتهم لكفى به دليلا لأن الأمة لا تجتمع على ضلالة ولقوله ﷺ:(إن أمتي لا تجتمع على ضلالة فإذا رأيتم اختلافا فعليكم بالسواد الأعظم)[2].

قال النووي "وقد ذهب أهل العلم كافّة" إلى أنّ الطلاق في الحيض يقع ويحسب" [3] .

قال ابن عبد البر:"وعلى هذا فقهاء الأمصار وجمهور علماء المسلمين ..لا يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال والجهل الذين يرون الطلاق لغير السنة غير واقع ولا لازم "[4]وحكى الخطابي القول بعدم الوقوع عن الخوارج والروافض "[5]

ثانيا: الطلاق بعد المسيس

صرح الجمهور على أنّ الطلاق في طهر جامع فيه حرام لكنّه يقع ،واستدلوا بقولهﷺ: (قبل أن يمس)[6] ،وهل يجبر على الرجعة كما يجبر إذا طلقها حائضاً ،قال بذلك بعض المالكية والمشهور عندهم الإجبار إذا طلق في الحيض لا إذا طلق في طهر وطئ فيه ،وقال داود يجبر إذا طلقها حائضاً نفساء لحديث

---

[1] أبو داود كتاب الطلاق باب في طلاق السنة ، حديث رقم:2185 م502/1 .

[2] ابن ماجه ت: فؤاد عبد الباقي كتاب الفتن باب السواد الأعظم رقم:3950 دار إحياء الكتب العربية ب.ت.ط ج36/2 هذا إسناد ضعيف لضعف أبي خلف الأعمى واسمه حازم بن عطار وقد روى هذا الحديث من حديث أبي ذر وأبي مالك الأشعري وابن عمر وأبي نصرة وقدامة بن عبد الله الكلابي وفي كلها نظر قاله شيخنا العراقي .(مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه أحمد الكناني ت حمد المنتقى الكشناوي دار العربية 1403 169/4)

3 النووي شرح مسلم كتاب الطلاق باب تحريم طلاق الحائض ج55/10 .

[4] الاستذكار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار أبو عمر بن عبد البر ت:د.عبد المعطي أمين قلعجي كتاب الطلاق دار قتيبة دمشق دار الوغى حلب القاهرة ط1414/1-1993 م17/18.

5 معالم السنن شرح سنن أبي داوود محمد الخطابي البستي كتاب الطلاق المطبعة العلمية حلب ط1352/1-1933ج232/3

[6] البخاري كتاب الطلاق كتاب الطلاق باب قوله تعالى: :{يأيها النبيء إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } ص938.

(مر عبد اللّه فليراجعها فإذا اغتسلت من حيضتها الأخرى فلا يمسها حتى يطلقها وإن شاء أن يمسكها فليمسكها) وهذا مفسر لقوله {فإذا طهرت} فليحمل عليه [1].

وهو محرم لأنّه معلّل بخوف الندم ؛فإنّ المسيس سبب الحمل وحدوث الولد ، وذلك سبب لندامة الطلاق،قال النّووي:"ففيه تحريم الطلاق في طهر جامعها فيه ،لئلاّ تكون حاملا فيندم فإذا بان الحمل دخل بعد ذلك في طلاقها على بصيرة فلا يندم فلا تحرم"[2]

وعلله الحنفية بأنه إذا جامعها فترت رغبته عنها فلا يتحقق حاجته إلى الطلاق[3] .

أما من حيث الوقوع فهو واقع عند الجمهور.

وقال ابن تيمية وابن القيم لا يقع مستدلين بالأدلّة السابقة ،أنّه ليس على العدة التي أمر الله أن تطلّق لها النساء ،وبأنّه ليس عليه أمرنا وكل بدعة ضلالة، ومناقشة الأدلة وردّها كما سبق.

ثالثا : الطلاق أكثر من واحدة

وقصدنا أن نتطرق إلى المسألة المعروفة وهي جمع الثلاث بلفظ واحد وصورة ذلك أن يقول أنت طالق ثلاثا، أو يقول أنت طالق ويكررها ثلاثا من غير قصد تأكيد ،ويلحق بذلك إرداف الثانية على الأولى فلما تشابها جمعناهما في نسق واحد ومجموع ماورد في ذلك من مذاهب أقوال أربعة:

1_جمهور الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة أنه يقع ثلاثا واستدلوا بالكتاب والسنة والآثار والإجماع

أ–من الكتاب :قوله تعالى:﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ...وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ** ﴾ الطلاق: 1، وجه الدلالة:من ذلك كما ذهب إليه ابن عباس وابن مسعود وعائشة وأبو هريرة وغيرهم من الصحابة : التحريض على طلاق الواحدة والنهي عن الثلاث؛ فإنّه إذا طلق أضر بنفسه عند النّدم على الفراق والرغبة في الارتجاع، فلا يجد عند الرجعة سبيلا. وقال مقاتل: بَعْدَ ذَلِكَ" أي بعد طلقة أو طلقتين "أَمْراً" أي المراجعة من غير خلاف[4].

ب– من السنة

ب1–حديث سهل بن سعد عند الجماعة (فلما فرغا قال عويمر كذبت عليك يا رسول اللّه إن

[1] الفتح كتاب الطلاق باب قوله تعالى :{يأأيها النبئ إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } ج2334/2 .

[2] النووي شرح مسلم كتاب الطلاق ج55/10 .

[3] رد المحتار ج433/4 .

4 الجامع لأحكام القرآن القرطبي سورة الطلاق ج30/21 .

أمسكتها فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول اللّه ﷺفكانت سنة المتلاعنين) [1]

وجه الدلالة : أن الثّلاث إذا وقعت في موقف واحد وقعت كلها وبانت الزوجة ولم ينكر عليه النبي ﷺوأما ما أجاب به القائلون بأنها لا تقع إلا واحدة فقط عن ذلك بأن النبي ﷺإنما سكت عن ذلك لأن الملاعنة تبين بنفس اللعان، فالطلاق الواقع من الزوج بعد ذلك لا محل له فكأنّه طلق أجنبية ،فليس له علاقة بمحل الاستشهاد من الحديث[2].

ب2–حديث ابن عمر وفيه (..وكان عبد الله إذا سئل عن ذلك ، قال لأحدهم : أما أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين ، فإن رسول الله ﷺأمرنى بهذا ، وإن كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك ، وعصيت الله فيما أمرك من طلاق امرأتك قال ":مسلم : جود الليث فى قوله : تطليقة واحدة) [3].

ب3–عن عائشة ، أنّ امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله ﷺفقالت : إني كنت عند رفاعة فطلقني فبتّ طلاقي ، فتزوجت عَبد الرحمن بن الزبير ، وإنما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله ﷺ وقال :(أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لاَ ، حتى يذوق عسيلتك ، وتذوقي عسيلته[4].

ومحل الاستدلال بالحديث قولها : فبت طلاقي فهو تفسير لقولها طلقني أي أنه طلقها ثلاث تطليقات وكلمة بتّ إنما تدل في الإطلاق على أنّ الثلاث قد وقعن في كلمة واحدة، قال الشافعي :فإن قيل فقد يحتمل أن يكون رفاعة بتّ طلاقها في مرات، قلت ظاهره في مرة واحدة وبتّ إنما هي ثلاث مرات إذا احتملت ثلاثا"[5]

ب4–أنّ فاطمة بنت قيس أخت الضحاك بن قيس أخبرته أنّ أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمن ،فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفرٍ فأتوا رسول الله ﷺفي بيت ميمونة فقالوا: إنّ أبا حفص طلق امرأته ثلاثاً فهل لها من نفقة قال رسول الله ﷺ (ليس لها نفقة وعليها العدة) وأرسل إليها أن لا تسبقيني بنفسك وأمرها أن تنتقل إلى أمِّ شريك ، ثم أرسل إليها :

---

1 البخاري كتاب الطلاق باب من جوز الطلاق الثلاث حديث رقم5259ص939 .

[2]الفتح كتاب الطلاق باب من جوز الطلاق الثلاث ج2339/2 ، النووي شرح مسلم كتاب الطلاق ج59/10 .

3مسلم كتاب الطلاق باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها رقم":1471ص587.

4 البخاري: كتاب الطلاق باب من جوز الطلاق الثلاث حديث رقم:4960 .

5 الفتح كتاب الطلاق ج2340/2 .

أنّ أم شريك يأتيها المهاجرون الأولون ، فانطلقي إلى ابن أم مكتوم الأعمى ، فإنك إذا وضعت خمارك لم يرك ، فانطلقت إليه، فلما مضت عدتها أنكحها رسول الله ﷺأسامة بن زيد بن حارثة .[1]

وجه الدلالة :أنّ فاطمة بنت قيس قد طلقت ثلاث تطليقات في مجلس واحد كما هو ظاهر الحديث، وقد جعل مسلم عنوان الباب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها [2].

ب5–عن ركانة بن عبد اللّه: "أنه طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺبذلك فقال: واللّه ما أردت إلا واحدة فقال النبيﷺ: واللّه ما أردت إلا واحدة قال ركانة: واللّه ما أردت إلا واحدة فردّها إليه رسول اللّه ﷺوطلقها الثانية في زمان عمر بن الخطاب والثالثة في زمن عثمان"[3]. –

وجه الدلالة :أنه لو أراد الثلاث لوقعن وإلا لم يكن لتحليفه معنى .

ج_الآثار:

ج1–أخرج مالك والشافعي وعبد الرزاق والبيهقي عن ابن عباس أنه جاءه رجل فقال : إني طلقت امرأتي ألفاً ،وفي لفظ:مائة قال:ثلاث تحرمها عليك وبقيتهن وزر، اتخذت آيات الله هزواً[4].

ج2–وأخرج عبد الرزاق والبيهقي عن ابن مسعود ﷺ أن رجلاً قال له : إني طلقت امرأتي مائة . قال : بانت منك بثلاث وسائرهن معصية . وفي لفظ : عدوان [5].

ج3–عن مالك أنه بلغه أن رجلا جاء إلى ابن مسعودﷺفقال إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات ،فقال ابن مسعود فماذا قيل لك ؟قال قيل لي :إنّها قد بانت مني ،فقال ابن مسعود صدقوا ، من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ،ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه ملصقا به ،لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون [6] ،ووجه الدلالة من هذه الآثار أنّ الألف أو المائة أو الثماني متضمنة للثلاث مجموعة ،وقد أوقعها الصحابة ثلاثا ،فالنصاب هو ثلاث زيد عليه أم لا.

ج4–وأخرج عبد الرزاق عن داود بن عبادة بن الصامت قال : طلق جدي امرأة له ألف تطليقة ، فانطلق أبي إلى رسول الله ﷺفذكر ذلك له ، فقال النبيﷺ: (ما اتّقى الله جدّك أما ثلاث فله وأما

[1] مسلم كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها حديث رقم:1480ص596 .

[2] مسلم كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها حديث رقم:1480ص596 .

3 أبو داود كتاب الطلاق باب في البتة رقم:2206 م508/1 ، وقال هذا حديث صحيح.

[4] الموطّأ كتاب الطلاق باب ما جاء في البتة رقم:1168 ص390 .

[5]البيهقي كتاب الخلع والطلاق باب ما جاء في إمضاء الثلاث رقم:14970 جج549/7 .

6 الموطّأ كتاب الطلاق باب ما جاء في البتة ص 390ا.

تسعمائة وسبعة وتسعون فعدوان وظلم ،إن شاء عذبه وإن شاء غفر له)[1]،وأخرج عن مجاهد قال : سئل ابن عباس رضي الله عنه عن رجل طلق امرأته عدد النجوم قال يكفيه من ذلك رأس الجوزاء[2].

خ–الإجماع

أجمع الصحابة على فتوى عمر ولم يعلم له مخالف ولا احتجّ أحد على عمر بآية أو حديث

؛وقد صح نقل هذه الفتيا عن عمر وعثمان وعلي والعبادلة وزيد بن ثابث وأبي هريرة وعبادة بن الصامت وأنس بن مالك وعائشة وغيرهم رضي الله عنهم وليس لهم مخالف؛قال ابن الهمام:"أما أولا فإجماعهم ظاهر فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر حين أمضى الثلاث ؛وليس يلزم في نقل الحكم الإجماعي عن مائة ألف أن يسمى كلٌ ليلزم في مجلد كبير حكم واحد ؛على انه إجماع سكوتي.

أما ثانيا:فإنّ العبرة في نقل الإجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام، والمائة ألف الذين توفي رسول الله ﷺ عنهم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين نفسا ، كالخلفاء والعبادلة وغيرهم ؛وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بإيقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف"[3]

وما ذُكر من لزوم الثلاث ولو في كلمة هو الذي به القضاء والفتيا كما في المتيطية ، بل حكى بعضهم عليه الاتفاق وبعضهم الإجماع ؛ وما ذكروا فيه من الخلاف داخل المذهب ضعيف جداً حتى قالوا : إن حكم الحاكم به ينقض ولا يكون رافعا للخلاف قال خليل:" أوجعل بتة واحدة " . وذكر البرزلي في نوازل الإيمان عن ابن العربي والمازري أنهما قالا : لم ينقل القول الشاذ إلا ابن مغيث لا أغاثه الله قالها ثلاثاً اه . وهذا مبالغة في الإنكار بل قال بعضهم : ما ذبحت ديكاً قط ولو أدركت من يحلل المطلقة ثلاثاً في كلمة لذبحته بيدي[4].

2_:مذهب الزيدية وابن تيمية وابن القيم أنه لايقع إلا واحدة واستدلوا بما يلي :

أ_ من الكتاب :قوله تعالى :﴿ **ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ** ﴾البقرة: 229

وجه الدلالة :أن الرجل إذا طلّق ثلاثا بلفظ واحد؛ لم تقع إلا طلقة واحدة؛ لأن الطلاق المشروع في الآية هو أن يطلق مرة أخرى إن أراد ذلك، ثم يطلقها الثالثة وهي التسريح الأخير ،وهذه

1مصنف عبد الرزاق كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثا رقم:11339 ج393/6 وفيه عبيد الله بن الوليد الوصافي العجلي وهو ضعيف (مجمع 621/4).

[2] مصنف عبد الرزاق كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثا رقم:11347 ج396/6 .

[3]البراهين الساطعة سلامة القضاعي العزامي الشافعي ب.ت.ط ص81.

[4] البهجة في شرح التحفة القاضي أبو بكر بن عاصم الأندلسي دار الكتب العلمية ط1418/1-1998 ج547/1.

الطريقة تخالف الدفعة الواحدة لأن قوله طلقتك ثلاثا لا يسمى لغة ثلاث مرات[1] .

ب_ من السنة

أ– أنّ ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺوأبي بكر وسنتين من خلافة عمر ؛طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب: "إن الناس قد استعجلوا في أمرٍ ؛كانت لهم فيه أناة ،فلو أمضينا عليهم فأمضاه عليهم[2] ، وجه الدلالة :أن الحكم الأصلي الذي كان على العهد النبوي وإجماع الصحابة عدّ الثلاث واحدة.[3]

ب–عن ابن عباس قال: "طلق أبو ركانة أمّ ركانة فقال له رسول اللّهﷺ: (راجع امرأتك فقال: إني طلقتها ثلاثاً قال: قد علمت راجعها)[4].

ت–وروى النسائي عن محمود بن لبيد قال: (أخبر رسول اللّه ﷺعن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ؛فقام غضبان ثم قال :أيلعب بكتاب اللّه وأنا بين أظهركم،حتى قام رجل فقال: يا رسول اللّه ألا أقتله") [5]، وجه الدلالة من الحديثين واضح .

3_ من المعقول :

قالوا أنّ هذا طلاق بدعي والبدعة محرمة لحديث :(كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد)[6]وإذا كان منهيا عنه فينبغي ألا يقع لأنّ النهي عن الشئ يقتضي فساد المنهي عنه .

ثالثا":مذهب الحجاج بن أرطاة والإمام الباقر والصادق وبعض الإمامية :"إنه لغو لا يقع به شئ "واستدلوا بالأدلة السابقة .

رابعا :مذهب عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والحسن البصري وهو التفصيل بين ما إذا كانت مدخولا بها فيقع في حقها ثلاثا وإلاواحدة واستدلو بالأدلة التالية:

عن طاوس : أن رجلا يقال له أبو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال : (أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺوأبي بكر وصدرا

---

1 مجموع فتاوى ابن تيمية دار الوفاء ط2005-1426/3 ج13/33 .

2 مسلم كتاب الطلاق باب طلاق الثلاث حديث رقم:1472 ص 590.

3 مجموع الفتاوى ج13/33 .

4 أبو داود كتاب الطلاق باب باب في البتة رقم:2206 م508/1 وفي سنده ابن اسحاق وفيه مقال،(فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار الحسن بن أحمد الرباعي ت :فريق من الباحثين دارعالم الفوائد ط 1427هـ.5/15)

5 النسائي كتاب الطلاق ، طلاق الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ حديث رقم:5564 ج252/5 .

6 سبق تخريجه .

من إمارة عمر قال ابن عباس رضى الله عنهما : بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد النبي ﷺوأبى بكر ﷺوصدرا من إمارة عمر ﷺ فلما أن رأى الناس قد تتابعوا فيها قال : أجيزوهنّ عليهم)[1] .

قالوا إن المطلق إذا قال طالق ،بانت الزوجة لا إلى عدة، إذ لا دخول بعد، فقوله ثلاثا لم يصادف محلا، فلا يقع بها شئ زائد ،بخلاف ما إذا وقع الطلاق بعده ؛فان كلمة طالقن تفصل الزوجة إلى العدة فتلحقها الطلقتان الأخريان .

مناقشة الأدلة :

أمّا أدلة الجمهور فنوقشت كما يلي :

1-إنّ الآية لا دلالة فيها على ماقالوا ؛لأنها أعم من أن تدل على المعنى الذي قاله الجمهور .

2-أمّا حديث عويمر،:فالنبي ﷺ لم ينكر عليه لأن الفراق كان باللعان .

3-وقول ابن عمر "وإن كنت طلقتها ثلاثا" فيحتمل أنّ ذلك رأي منه .

4-أما حديث امرأة رفاعة القرظي ؛فيحتمل أن البتّ كان بطلقة أخيرة طلقها به رفاعة.

5-وحديث فاطمة بنت قيس فليس في الحديث تصريح بأنه أوقع الثلاث في مجلس واحد فلا يدل على المطلوب .

6-وحديث ركانة فالمخالف يرجح الرواية التي تفردبها أحمد وهي أنه طلقها ثلاثا فجعلها رسول الله ﷺواحدة،ويضعفون باقي الروايات التي استدل بها الجمهور لوجود الزبير بن سعيد في طرقها.

7-وأمّا الأحاديث الأخرى التي فيها الطلاق أكثر من ثلاث ففيها الضعفاء في بعض طرقها[2]

أمّا أدلة المخالفين فقد ناقشها الجمهور كالآتي :

فآية الطلاق مرتان الدليل أعم من المدعى، لأن المرات المتعددةة كما تكون في جلسات متعددة مفصولة برجعة فإنها يمكن أن تكون في في جلسة واحدة؛كأن يقول لها أنت طالق ، أنت طالق ،أنت طالق ،ولأن معنى المرتين كما تدل على الوحدات المنفصلة ؛تدل على الوحدات التي يتضمنها كلام واحد كقوله تعالى:" نؤتها أجرها مرتين "والأحاديث كثيرة فيمن يؤتى أجره مرتين[3]

---

1 صحيح مسلم كتاب الطلاق باب طلاق الثلاث حديث رقم:1472 ص590 .

2 مجموع الفتاوى كتاب الطلاق باب طلاق السنة وطلاق البدعة ج33/13-23 .

3 وقد ألف السيوطي رسالة في ذلك رسالة سماها مطلع البدرين فيمن يؤتى أجره مرتين .

8-وحديث ابن عباس ضعفه كثير من رجال الحديث منهم ابن عبد البر ، فقد أنكر رواية طاوس وقال هي وهم وغلط ولم يعرج عليها أحد من فقهاء الأمصار والشام والعراق والغرب ،كما أن فيها اضطرابا شديدا .

ثم إنّ الحديث يضعف عند مخالفة الراوي له ،وعلى فرض صحته فالمقصود أن الناس كانوا لا يتجرأون على الطلاق بالثلاث ؛بل كانوا يوقعون الواحدة ؛وإذا أوقعوا أزيد فإنهم لم يكونوا يقصدون تأكيدا ولا تأسيسا ؛فعمل على الغالب الذي هو التأكيد ؛فلما أكثروا من ذلك وغلب منهم إرادة الإستئناف بها حملت عند الإطلاق على الثلاث أخذا بالغالب السابق إلى الفهم في ذلك العصر .لذا قال ابن مسعود حينما سئل عن الطلاق :(من أتى الأمر على وجهه فقد تبين له ،ومن لبس على نفسه جعلنا عليه لبسه ؛والله لا تلبسون على أنفسكم ونتحمله منكم هو كما تقولون فعمر لم يغير حكما شرعيا كان ثابتا من قبل ؛ولكن طبق الحكم الشرعي على موجبه وهو الاستعجال)"[1] قال البيهقي :"وهذا الحديث أحد ما اختلف فيه البخاري ومسلم ،فأخرجه البخاري وتركه مسلم ،وأظنه إنما تركه لمخالفته سائر الروايات عن ابن عباس[2].

9-وحديث ركانة فيه محمد بن إسحاق متهم عند مالك وسليمان التميمي ويحي القطان وهشام بن عروة، وفيه داود بن الحصين متهم بالدعوة إلى مذهب الخوارج قال علي بن المديني :ما رواه داود عن عكرمة منكر ؛وقال سفيان بن عيينة :كنا ننفي حديثه ؛فالسند ضعيف أجمع جمهور المحدثين وعلماء التراجم على أنه لا يعتمد عليه ،وقد اعتمدوا رواية الجمهور لثقة رواتها ؛وتعدد طرقها ، قال أبو داود "لأن رواته هم أهل بيت ركانة:فهم أعلم بما وقع [3].

10-أما حديث "من عمل..فهو عام مخصص بالأدلة السابقة ،أو المقصود أنه غير مقبول عند الله تعالى ،أو بدعة العبادات المحددة الهيئة كالصلاة وغيرها ،وعند الإحتمال يسقط الاستدلال[4].

11-وقاعدة النهي يفسد المنهي عنه ؛فالنّهي إما أن يكون عائدا إلى أمر داخل ،أو خارج لازم أو غير لازم كالوضوء بمغصوب فالأولان يفيد الفساد ؛لا الأخير خلاف لبعض الحنابلة [5].

---

1 النووي شرح مسلم كتاب الطلاق باب طلاق الثلاث ج59/10. المغني لابن قدامة كتاب الطلاق ج243/8.

2 البيهقي كتاب الخلع والطلاق باب من جعل الثلاث واحدة رقم:14974 ج551/7 .

3أبو داود كتاب الطلاق باب في البتة حديث رقم:2208 م508/1 .

4 جامع العلوم والحكم ابن رجب الحنبلي ت:وليد بن سلامة مكتبة الصفا ط1422/1-2002 ، ص70-76

5 الغيث الهامع شرح جمع الجوامع أبو زرعة العراقي ،الكتاب الأول القرآن ومباحث الأقوال ، ت:مكتب قرطبة ، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ط1420/1-2000 م280/1.

الترجيح :

استدل الجمهور بأكثر من ثمانية أحاديث؛ اثنان منهما خلاف المدعى، وهما حديث فاطمة بنت قيس وامرأة رفاعة القرظي ،وواحد منها رد بأنه ضعيف وهو حديث الدار قطني والخمسة الباقية سلمت من الاعتراض واعتمد المخالف عل ثلاثة أدلة؛آية الطلاق مرتان وهي أعم من المدعى وحديث ركانة وهو ضعيف ،وحديث ابن عباس وليس معناه كما فسروه به ؛فمن خلال هذا العرض يتبين رجحان مذهب الجمهور لقوة أدلتهم [1].

وهاهنا كلام جامع لأبي بكر بن العربي؛ لخص فيه المسألة ورجح فيه ما رآه راجحا ؛أحببنا أن نثبته بلفظه –رغم طوله –لما اشتمل عليه من الفوائد قال ابن القيم:"قال ابن العربي في كتابه الناسخ والمنسوخ " زل قوم في آخر الزمان فقالوا إن الطلاق الثلاث في كلمة لا يلزم وجعلوه واحدة ونسبوه إلى السلف الأول وعزوه إلى الحجاج بن أرطاة الضعيف المنزلة ،المغموز المرتبة ،ورووا في ذلك حديثا ليس له أصل ،لقد طوفت في الآفاق ولقيت من علماء الإسلام وأرباب المذاهب كل صادق ؛فما سمعت لهذه المقالة بخبر ولا أحسست لها بأثر إلا الشيعة الذين يرون نكاح المتعة جائزا ولا يرون الطلاق واقعا ، وأين هؤلاء البؤساء من عالم الإسلام محمد بن إسماعيل البخاري؛ وقد قال باب جواز الثلاث لقوله تعالى:{ الطلاق مرتان } وذكر حديث" اللعان، وأن النبي ﷺ لم يغيِّر عليه ولا يقرُّ على الباطل ولأنه جمع ما فسح له في تفريقه فألزمته الشريعة حكمه ،وما نسبوه إلى الصحابة كذب بحت لا أصل له في كتاب ولا رواية له عن أحد . وقد أدخل مالك في موطئه عن عليّ أن الحرام ثلاث لازمة في كلمة فهذا في معناها ، فكيف إذا صرّح بها ؟وأما حديث الحجاج بن أرطاة فغير مقبول في الملة؛ ولا عند أحد من الأئمة،وأما حديث أبي الصهباء فلا متعلق فيه من خمسة أوجه :

الأول: أنّه حديث مختلف في صحته فكيف يقدم على إجماع الأمة ؛ولم يعرف لها في هذه المسألة خلاف إلا عن قوم انحطوا عن رتبة التابعين .

الثاني أن هذا الحديث لم يُرو إلا عن ابن عباس ولم يرو عنه إلا من طريق طاوس ؛ فكيف يقبل ما لم يروه من الصحابة إلا واحد وما لم يروه عن ذلك الصحابي إلا واحد ؟وكيف خفي على جميع الصحابة وسكتوا عنه إلا ابن عباس وكيف خفي على أصحاب ابن عباس إلا طاوس؟.

---

1 محاضرات في الفقه المقارن د. البوطي دار الفكر المعاصر(بيروت –دار الفكر دمشق ط2/1422-2001).ص99-123

الثالث يحتمل أن يراد به قبل الدخول ؛ كما تأوله النسائي فقال " باب طلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة "[1] وذكر هذا الحديث بنصه .

الرابع :أنه يعارضه حديث محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله ﷺعن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا , فقام غضبان , ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ؟ حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقتله ؟ ". فلم يرد النبي ﷺبل أمضاه , كما في حديث عويمر العجلاني.

الخامس : معنى كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺواحدة , أي حكم الثلاث إذا وقعت أن تجعل واحدة ، وأن يريد به : كانت عبارة الثلاث على عهده أن تذكر واحدة فلما تتابع الناس في الطلاق وذكروا الثلاث بدل الواحدة أمضى ذلك عمر , كما أمضاه رسول الله ﷺعلى عويمر حين طلق ثلاثا [2].

وخلاصة القول أنّ الطلاق في الحيض أو الثلاث بلفظ واحد أو الطلاق بعد المسيس– وإن كان تعسفا من ناحية الزوج في حقه لأنّه يؤدي إلى ضرر ما كتطويل العدة –إلا أنّه واقع ،ولا تنافي بين بدعيته ووقوعه ،فلهذا نظائر كثيرة في الشرع ،وهذا مايسمّى عن الأصوليين :الواحد بالشخص له جهتان كالصلاة في المغصوب، فالجمهور قالوا بصحتها رغم حرمة الغصب.

أمّا من الناحية القانونية فإن المشرع لم يذكر تقسيمات الطلاق ،ولم يتعرض لهذه المسائل إلاّ إحالة إلى الشريعة ،وكان الأولى بيان ذلك خاصة في مسائل خطيرة يترتب عليها حرمة الأبضاع والفروج ؟، وعليه نقترح على المشرع أن يضيف مادة يبين فيها أنواع الطلاق ،ويضمنها هذه المسائل التي نحدث لغطا كبيرا ،حتى يفصل فيها ،ولا يتركها عرضة لتقاذف الأهواء.

واقتراح المادة كالآتي:"الطلاق سني وهو طلقة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا إرداف ثانية وبدعي وهو الطلاق في الحيض أو في طهر مس فيه أو أكثر من واحدة وهو واقع "

أما مسألة الطلاق الثلاث فقد تطرّق ق.أ إلى هذه المسألة في م 51:[لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد ان تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء][3].

وبتحليل هذه المادة نجد أنّ المشرع اشترط تتالي الثلات في البينونة الكبرى ومعنى الثلاث؛أي إرادة التأسيس لا التأكيد فإذا قال أنت طالق ،طالق ،طالق ونوى التأسيس فهي ثلاث تبين المرأة بينونة كبرى

1 النسائي كتاب الطلاق باب طلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة حديث رقم 5569 ج254/5 .

[2] حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، ت:الناشر دار الكتب العلمية ط 1415 – 1995 ج202/6 .

3 ق.أ م20/51.

وكذا إن قال طالق ثلاثا أي الثلات المجموعة في كلمة واحدة ؛ولا يقال ، إن المجموعة لا تندرج لاشتراط التتالي لأنّنا قدمنا أنّ التتالي قصد به المشرع التأسيس ؛والقرارات القضائية ترفع هذا الإجمال وتزيل هذا اللبس ؛فقد ورد في حكم لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا :[من المقرر شرعا انه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها.....الثابث من القرار المطعون فيه أنّ قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا فإنّهم لم يخرقوا أحكام المادة 57من ق.أ [1]وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن][2].

البند الثاني: أنواع أخرى من الطلاق يقع فيها التعسف

أولا : طلاق الهازل

1–صورته..

وهو إمّا هازل في إيقاعه أو بإيقاع لفظه عليه وكلاهما قاصد للفظ، لكن لم يرد به ما يدل عليه حقيقة أو مجازا وهو غير المخطئ لأنّ هذا لم يقصد التلفظ بالطلاق أصلا وإنما قصد لفظا آخر فسبق لسانه إلى الطلاق من غير قصد كان يريد أن يقول لزوجته أنت جميلة فيقول لها أنت طالق .

2–حكمه:

اتفق الفقهاء على صحة طلاق الهازل [3] قال السبكي : " ولم نعرف بين الأمة خلافاً في إيقاع طلاق الهازل، وما ذلك إلا لأنّه أطلق لفظ الطلاق مريداً معناه، ولولم يقصد إيقاع الطلاق عليها، بل هزل ولعب، ومع ذلك فلم يعتبر الشارع قصده وإنما ألزمه موجب لفظه الذي أطلقه وواخذه به، وما ذلك إلا لقوة الطلاق ونفوذه" [4]. وذلك للأدلة الآتية :

أخرج أبو داود والترمذي وحسنه عن النبيﷺقال (أربع مقفلات النذر ، والطلاق ، والعتق ، والنكاح "[5]وأخرج عبد الرزاق عن أبي ذر قال : قال رسول الله ﷺ:(من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ، ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز ، ومن أنكح وهو لاعب فنكاحه جائز)[6]

---

1 ق.أ العدد15 ص22 رقم11.84

2 م.ق ملف رقم 176551قرار بتاريخ 19988/02/17 ، ع1/ 2001ص171

3 رد المحتار ج443/4 حاشية الدسوقي م576/2 ، مغني المحتاج م338/4/ ، المغني ج8/ 279.

4 الدرة المضية ص 11 .

5 أبوداود كتاب الطلاق الطلاق على الهزل حديث رقم:2194م504/1 إسناد لا بأس به في الشواهد .

6 مصنف عبد الرزاق الصنعاني كتاب النكاح باب ما يجوز من اللعب في النكاح والطلاق حديث رقم:10249 ت:حبيب الرحمن الأعظمي ،توزيع المكتب الإسلامي ط1403/2–1983ج135/6. وفيه بن لهيعة(تلخيص 448/3.)

وأخرج ابن أبي شيبة في المصنف عن الحسن قال : كان الرجل يطلق ويقول : كنت لاعباً ، ويعتق ويقول : كنت لاعباً ،وينكح ويقول : كنت لاعباً . فأنزل الله {ولا تتخذوا آيات الله هزواً } وقال رسول اللهﷺ:(من طلق أو أعتق أو نكح أو أنكح جاداً أو لاعباً فقد جاز عليه) [1].

وفي رواية عن أحمد ومقتضى عبارة ابن حزم، وهو مذهب الجعفرية ، أنّ طلاق الهازل لا يقع

وأدلتهم على ذلك ما يلى:

1-قول الله تعالى:﴿ وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ ﴾ البقرة: 227. فاعتبرت العزم ، والهازل لا عزم له.

2-ومن السنة حديث إنّما الأعمال بالنيات .والهازل تلفظ بلا نية فيقع لفظه لغوا.

3-قال الشوكانى " كيف يؤاخذ من قصد التكلم باللفظ غير مريد لمعناه ، بما هو مدلول ذلك اللفظ ، مع أنّه غير مقصود ولا مراد ، وأىّ شرع أو لغة أو عرف دلّ عليه ؟ فإنّ الألفاظ إنّما هي قوالب المعانى ، لا تراد لذاتها أصلا لا عند أهل اللغة ولا عند أهل الشرع ، فالتكلّم بلفظ الطلاق الصريح فى معناه ، إذا لم يرد المعنى الذى وضع له ذلك اللفظ فى فراق زوجته ، فهو كالهاذى الذى يأتى فى هذيانه بألفاظ لا يريد معانيها ، ولا يقصد مدلولاتها [2].

مناقشة وترجيح

أمّا أدلّة الجمهور فالآية محتملة الدلالة ، ولعلّ أقرب المعانى إلى ظاهر الآية وسياقها هو الإمساك ضرارا على ما روى عن عائشة [3]رضي الله عنها.

أمّا الحديث فقد ورد من عدة طرق لم تسلم جميعها من النّقد ، وقد شنّع عليها الإمام ابن حزم حتى وصفها بالوضع ، وإن سلمنا أنّ الحديث مقبول تبعا للترمذى والحاكم والشوكانى والعينى وغيرهم فإنّه معارض بحديث " إنمّا الأعمال بالنيات "

وحديث " الثلاث " لا يبلغ مبلغ حديث " الأعمال " حتى يخصص،أو أنّ بعض روايات الحديث تحتمل أنّه صدر فى واقعة عين تعنيفا لدعى شهدت قرائن الأحوال أنه عزم ثمّ ادّعى أنه كان هازلا ، فعومل باعتبار ظاهر حاله . روى ابن حزم مرسلا أنّ النّبى ﷺقال " ما بال أقوام يلعبون بحدود الله ، ويقول

[1] مصنف بن أبي شيبة كتاب الطلاق ت:حمد الجمعة ،محمد اللحيدان مكتبة الرشد ناشرون ط1/1425-2004ج566/9. قال الهيثمى : فيه عمرو بن عبيد وهو من أعداء الله (مجمع الزوائد (288/4)

[2]الفتاوى لابن تيمية 112/3 ، المحلى 228/10 ، ، نيل الأوطار 235/6 ، الروضة البهية 19/6 ..

3 الترمذي أبواب الطلاق واللعان رقم1192 ج482/2.

أحدهم قد طلقت ، قد راجعت"[1]

أمّا أدلّة المخالفين فالآية اعترض على الاستدلال بها بأنها نزلت فى حق المولي.

و حديث " الأعمال فعامّ مخصوص بحديث "الثلاث".

أمّا كلام الشوكاني فقال ابن قُدامة :" قد ذكرنا أنّ صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك، ولأنّ ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحًا فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد لقول النبيّ ﷺ :(ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة)[2] قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء [3]"

وعليه تظهر رجاحة ما استدل به الجمهور ،وأنه أقرب لقواعد الشرع خاصة في باب الفروج الذي يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره قال البغوي:" اتفق أهلُ العلم على أن طلاق الهازل يقع، فإذا جرى صريح لفظ الطلاق على لسان العاقل البالغ لا ينفعه أن يقول: كنت فيه لاعباً أو هازلاً لأنه لو قُبِلَ ذلك منه، لتعطّلت الأحكام،وقال كل مطلِّق، أو ناكح، إني كنت في قولي هازلاً فيكون في ذلك إبطال أحكام الله تعالى، فمن تكلم بشيء ممّا جاء ذكره في هذا الحديث لزمه حكمه، وخصّ هذه الثلاث بالذكر لتأكيد أمر الفرج والله أعلم" [4].

ثانيا : طلاق الغضب

الغضب حالة من الاضطراب العصبي وعدم التوازن تحل بالإنسان؛ولا أثر له في صحة التصرفات القولية ومنها الطلاق.وهذا قول الجمهور وخالف في ذلك بعض متأخري الحنابلة ،

قال الدسوقي: "يلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه، خلافاً لبعضهم" [5] –

وقال في إعانة الطالبين: "واتفقوا على وقوع طلاق الغضبان، وقد سئل الشمس الرملي عن الحلف بالطلاق حال الغضب الشديد المخرج عن الإشعار: هل يقع الطلاق أم لا؟ وهل يصدق الحالف في دعواه شدة الغضب وعدم الإشعار؟ فأجاب: بأنه لا اعتبار بالغضب فيها. نعم: إن كان زائل العقل عُذِر . [6]

---

1 المحلّى ج204/10.

2 الترمذي وقال حديث حسن،أبواب الطلاق واللعان ،باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق حديث رقم:1184 ج476/2 .

3 المغني ج279/8 .

4شرح السنة للإمام الحسين بن مسعود البغدادي ت:شعيب الأرناؤوط كتاب الطلاق باب الطلاق على الهزل المكتب الإسلامي ط1403/1-1983ج220/8.

5 حاشية الدسوقي م577/2.

6 إعانة الطالبين الدمياطي9/4.

وقال في مطالب أولي النهى من كتب الحنابلة: "ويقع الطلاق ممن غضب ولم يزل عقله بالكلية... قال ابن رجب في شرح الأربعين النووية: ما يقع من الغضبان من طلاق وعتاق أو يمين، فإنّه يؤاخذ بذلك كله بغير خلاف" [1].

1-أدلة الجمهور

استدلّ الجمهور بأدلّة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أ-الكتاب:أ(**1**)-عموم آيات الطلاق التي لم تخص الغضب عن غيره.

أ(**2**)-آية الظهار قال ابن العربي : ولا يسقط الغضب ظهاراً ولا طلاقاً بل يلزمان الغضبان إذ في حديث خولة كان بيني وبين زوجي شيء ، وهذا يدل على نزاع أخرجه ،فظاهر[2].

ب-السنة

ب(1)-حديث خولة بنت ثعلبة - امرأة أوس بن الصامت - قالت: والله فيَّ وفي أوس بن صامت أنزل الله ﷻصدر سورة المجادلة. قالت: كنت عنده وكان شيخاً كبيراً، قد ساء خلقه وضجِر. قالت: فدخل علي يوماً، فراجعته بشيء، فغضب، فقال: أنت علي كظهر أمي. وفيه أمرهﷺ: (بعتق رقبة، ثم بصيام شهرين متتابعين، ثم بإطعام ستين مسكيناً) [3] ،وجه الدلالة أن النّبي ﷺلم يعتبر الغضب ؛بل رتب الكفارة على الظهار .

ب(2)- ما روي عن مجاهد عن ابن عباس أن رجلا قال له إني طلقت امرأتي ثلاثًا وأنا غضبان فقال ابن عباس لا أستطيع أن أحل لك ما حرم الله عليك عصيت ربك وحرمت عليك امرأتك[4].

ب'3)-حديث أبي موسى قال: أرسلني أصحابي إلى رسول الله ﷺأسأله الحُملان لهم، إذ هم معه في جيش العسرة، وهي غزوة تبوك، فقلت: يا نبي الله! إن أصحابي أرسلوني إليك؛ لتحملهم، فقال: "والله لا أحملكم على شيء " ووافقته وهو غضبان فقلنا: يا رسول الله! إنا استحملناك، فحلفت أن لا تحملنا، فظننا أنك نسيت يمينك، فقال: "إن الله هو حملكم. إني والله لا أحلف على يمين، فأرى غيرها خيراً منها، إلا أتيت الذي هو خير، وتحللتها" [5]

---

1 جامع العلوم والحكم ابن رجب الحنبلي ت:وليد سلامة مكتبة الصفا ط1422/1-2002. ص155

2 أحكام القرآن ج190/4 .

3 البيهقي كتاب الطهار باب سبب نزول آية الظهار رقم:15242 ج628/7 .

4 الدارقطني أول كتاب الطلاق وغيره رم:3927 ج25/5 .

5 البخاري كتاب المغازي باب غزوة تبوك رقم:4412 ص748 .

ب(**4**)– قول الحسن: (طلاق السنة يطلقها واحدة طاهرًا من غير جماع وهو بالخيار ما بينه وبين أن تحيض ثلاث حيض، فإن بدا له يراجعها كان أملك بذلك، فإن كان غضبان ففي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهرٍ إن كانت لا تحيض، ما يذهب غضبه.[1]

ت–الإجماع: قال البيهقي, "وأفتى به جمع من الصحابة ولا مخالف لهم منهم"[2]

هـ– المعقول :إنّ الغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل نفس وأخذ مال بغير حق وطلاق وغير ذلك ،قال ابن رجب: " ما يقع من الغضبان من طلاق وعتاق أو يمين ، فإنه يؤاخذ به ،بغير خلاف فكيف نؤاخذه بهذا ولا نوقع طلاقه؟" [3]

إنّ الغضب نابع من باطن الإنسان، كالمحبة الحاملة على الزنا، فإذا كان المرء مؤاخذ بزناه، فكذا ينبغي أن يؤاخذ بطلاقه الواقع في حال الغضب

2–أدلة المخالف: هذا القول هو الذي مال إليه ابن القيم وقسم الغضب إلى ثلاثة أقسام خفيف وشديد ومتوسط ،لكن هذه القسمة فيها نظر لأن إدراج الخفيف والشديد في أقسام الغضب تجوز، أمّا الخفيف فلأنّ من طلق وهو مستكمل لقواه العقلية، عالماً بما يقول وما يفعل، فهو كالمطلق في الرضا؛ فعقله لم يتأثر بمبادئ الغضب ، والعقل هو مدار التكليف، فطلاقه نافذ ،كما أفاده ابن القيم نفسه.

وأما الشديد، فلأنّ من وصل إلى هذه الحال، قد خرج عن مسمّى الغضب إلى الجنون، ودخل في مسألة من طلق وهو مجنون غير عاقل، وحكمها أفاده ابن القيم فقال: "والغضب غفول العقل، فلا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله في هذه الحالة، فإن أقوال المكلف إنما تنفذ مع علم القائل بصدورها منه ومعناها وإرادته للتكلم بها"، فعند التحقيق لم يبق إلا القسم الثالث وهو الغضب المتوسط وهو مدار هذا البحث ،قال :"والأدلة الشرعية تدل على عدم نفوذ طلاقه وعتقه وعقوده، التي يعتبر فيها الاختيار والرضا، وهو فرع من الإغلاق كما فسره به الأئمة" .،مستدلا في ذلك بما يلي:

أ–الكتاب

أ(**1**)– قوله تعالى: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ المائدة: 89 ، فإذا كان الله سبحانه لا يؤاخذ على اللغو في اليمين، فالطلاق مثله.

---

[1] أخرجه القاضي إسماعيل كما في جامع العلوم والحكم ص 149 .

2 مغني المحتاج ج375/3 .

3 جامع العلوم والحكم ص155 .

أ(2) – وقوله سبحانه: ﴿ وَلَوۡ يُعَجِّلُ ٱللَّهُ لِلنَّاسِ ٱلشَّرَّ ٱسۡتِعۡجَالَهُم بِٱلۡخَيۡرِ لَقُضِيَ إِلَيۡهِمۡ أَجَلُهُمۡ ﴾يونس: 11، فالغضب قد منع كون الدعاء سبباً؛ فاقتضت رحمة الله أن لا يؤاخذه بذلك.

أ(3)– وقوله تعالى: ﴿ وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰٓ إِلَىٰ قَوۡمِهِۦ غَضۡبَٰنَ أَسِفٗا ﴾ الأعراف: 150، ووجه الدلالة أنّ موسىعليه السلام حمله على ذلك الغضب، فعذره الله به، ولم يعتب عليه بما فعل، لذا عبر ب«سكت» تنزيلاً للغضب منزلة السلطان الآمر الناهي، وعليه لم يكن ما جرى على لسانه في هذا الحال منسوباً إلى اختياره ورضاه، فلا يتم عليه أثره .

أ(4)- وقوله تعالى: ﴿ وَإِمَّا يَنزَغَنَّكَ مِنَ ٱلشَّيۡطَٰنِ نَزۡغٞ فَٱسۡتَعِذۡ بِٱللَّهِ ﴾الأعراف: 200، والغضب من الشيطان وأثره منه، وعليه فليس هو من اختيار العبد، فلا يترتب عليه حكمه[1].

ب– السنة

ب(1)–حديث عائشة رضي الله عنهاأن رسول الله صلى الله عليه وسلمقال: (لا طلاق، ولا عتاق في إغلاق) [2]. قال ابن القيم :"وقد اختلف في الإغلاق، فقال أهل الحجاز: هو الإكراه، وقال أهل العراق: هو الغضب، وقالت طائفة: هو جمع الثلاث بكلمة واحدة، وقال في موضع آخر: "ويدخل فيه الغضب؛ لأن الإغلاق له معنيان: أحدهما: الإكراه. والآخر ما دخل عليه مما ينغلق به رأيه عليه. وهذا مقتضى تبويب البخاري، فإنه قال في صحيحه: باب الطلاق في الإغلاق، والكُره، والسكران، والمجنون. و مقتضى كلام الشافعي، فإنه يسمي نذر اللجاج والغضب: يمين الغلق ونذر الغلق" . و الإمام أحمد فسر الإغلاق بالغضب. وقال أبو داود: أظنُّه الغضب" .

ب(2)– حديث عمران بن حصين قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا نذر في غضب، وكفارته كفارة يمين) [3]. ووجه الدلالة أنه ألغى وجوب الوفاء بالنذر في الغضب.

1 إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية ت:محمد عفيفي المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان / مكتبة فرقد الخاني، الرياض، المملكة العربية السعودية ط2/ 1408هـ-1988م ص27-45

2 قال الذهبي معقبا على تصحيح الحاكم له على شرط مسلم :قلت كذا قال ومحمد بن عبيد المذكور في إسناده لم يحتج به مسلم وقال أبوحاتم ضعيف ،رواه الحاكم من طريق آخر عن عائشة أيضا وفيه نعيم بن حماد وهو صاحب مناكير (مختصر استدراك الذهبي على مستدرك الحاكم سراج الدين ابن الملقن ت:عبد الله بن أحمد اللحيدان حديث رقم 248 دار العاصمة النشرة الأولى 1411 ج669/2

3 النسائي رقم: 3782، ج177/12, من رواية أبي بكر النهشلي وغيره عن محمد بن الزبير الحنظلي وهو منكر الحديث. قاله البخاري (تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي أضواء السلف – الرياض ط1 1428هـ - 2007 ج53/5)

ب(3)– حديث أبي بكرة ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لا يقضين حكم بين اثنين، وهو غضبان) [1]ولولا أن الغضب يؤثر في قصده وعلمه، لم ينهه عن الحكم حال الغضب.

3–المناقشة والترجيح:

أما أدلة المخالف فقد ناقشها الجمهور كالآتي :

أ–فالقياس على يمين اللغو قياس مع الفارق؛ لأن يمين اللغو لم يقصدها الحالف ابتداء، بخلاف طلاق الغضبان، فالمطلِّق قصد الطلاق ابتداءً، بدليل أن ندمه على الطلاق بعد ذهاب الغضب عنه، إنما يكون لاستشعاره أنه قد عقد الطلاق في قلبه، ولو كان لم يعقده، لما كان للندم محل.

ب–وقولهم: إن الله سبحانه لا يؤاخذ بالغضب في الدعاء، والطلاق مثله. مستدلين بآيات الغضب ، فيجاب عنها بأنّ حق لله تعالى،مبني على المسامحة أما الطلاق فهو حق لله من جهة الأمر والنهي وحق للعبد ،مبني على المشاححة ،يقع بمجرد التلفظ بلفظه، على أنّ الأصل في الطلاق أنه مباح ؛ بخلاف الحنث في اليمين والنذر، ولذلك كان في كفّارتهما معنى العقوبة بسبب الحنث.

ج–وأما قولهم: إنّ الغضب منزَّل منزلة السلطان، فهو معارض لمفهوم أحاديث النّهي عن الغضب أي النهي عن مقدِّماته، وما يصاحبه، و يتبعه من الأقوال والأفعال، ولو كان كالسلطان لما كان للنّهي عنه فائدة، ولكان النّهي عنه، من التكليف بما لا يطاق، وهذا محال.

د– وأما قولهم: إن الغضب من الشيطان وأثره منه أيضاً،فمسلّم به، ولكن لا يُسلم أنّ حكمه غير مترتب عليه، إذ في الآية الأمر بالاستعاذة من نزغ الشيطان فقط، لا نفي ترتب حكمه عليه. على أنّ قولهم: إنه لا يترتب عليه حكمه، هو عين المسألة التي نناقشها، فكيف يُستَدل بالمختلف فيه على إثبات المختلف فيه نفسه؟! وإلا للزم منه الدور، وهو باطل، فما أدى إليه باطل مثله[2].

هـ–وأمّا حديث: (لا طلاق، ولا عتاق في إغلاق)، وأن من معاني الإغلاق: الغضب.فقد قال ابن بطّال شارح البخاري: ليس بثابت، ولا ممّا يعارض به مثل هذه الأحاديث الثابتة. على أنّ تفسير الإغلاق بالغضب، غير متّفق عليه، كما تقدّم عن ابن القيم نفسه، بل إنّ الأكثر على أنّ الإغلاق هو الإكراه، ومع هذا الاختلاف يكون الحديث من قبيل المجمل الذي يحتاج إلى بيان، على أنّ ترجيح أحد الأقوال يحتاج إلى دليل. وأين هذا الدليل. ثم إن علماء الغريب قد فسروا الإغلاق بالإكراه، كما فسره بذلك

---

1 البخاري كتاب الأحكام باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان رقم:7158 ص1231.

[2]الفتح اكتاب الطلاق ج2350/2 .

الزمخشري، وأبو السعادات ابن الجزري[1] ،. ولم يذكروا الغضب من معانيه، وهم أعلم بهذا من غيرهم. بل إنّ السِّندي قال في حاشيته على ابن ماجه: " رُوي في مجمع الغرائب تفسيره بالغضب، وقال: إنه غلط"[2]،وقال في طلبة الطلبة:" لا طلاق في إغلاق" تأويله الصّحيح في جنون لأنّه يغلق عليه أموره.،وقيل في إكراه ولم يأخذ بهذا التّفسير أصحابنا[3].

وقال ابن حجر :"الإغلاق الإكراه على المشهور لأنّ المكره يتغلق عليه أمره ويتضيق عليه تصرفه وقيل هو العمل في الغضب وإليه أشار أبو داود ؛فقال أظنه الغضب ،وترجم على الحديث الطلاق على غيظ ، وردّ الفارسي ذلك وقال أن طلاق الناس غالبا إنما هو في حال الغضب، وقال بن المرابط الإغلاق حرج النّفس وليس كل من وقع له فارق عقله، ولو جاز عدم وقوع طلاق الغضبان لكان لكلّ أحد أن يقول فيما جناه كنت غضبانا اه[4].

وأبو داود وأحمد وإن كانا قد جعلا الغضب من معاني الإغلاق ؛ إلا أنّ قول أكثر أئمة اللغة مقدّم على قولهم في هذه المسألة. على أنّ أبا داود لم يجزم بذلك وهذا على فرض صحة الحديث، ويمكن أن يكون الإغلاق هنا، بمعنى الغضب الشديد الذي يصل إلى حد الجنون، وهو ما ذكره ابن القيم في القسم الثاني، بقوله: أن يبلغ به الغضب نهايته، بحيث ينغلق عليه باب العلم والإرادة، فلا يعلم ما يقول ولا ما يريده.فيكون الإغلاق بمعنى الجنون المطبق الذي يغلق على النفس باب العقل .

و–وأما استدلالهم بحديث: (لا يقضين حكم بين اثنين، وهو غضبان).

فالحديث عليهم لا لهم ، لأنّ النّهي عن القضاء في حال الغضب، لئلا يوقع في الحكم بالباطل، فهو يؤيد القول بوقوع طلاق الغضبان؛ وإلا أفضى إلى الوقوع في المحرم، وهو معاشرة المرأة، وقد طلقت فيما إذا كانت هذه الطلقة هي الثالثة ، على أنّ قضاءه نافذ في حالة الغضب لذلك كان النّهي وإلا بيّن أنّه لا يقع ، وهذا ممّا يؤيد أن الغضب غير مؤثر في إيقاع حكمه كالطلاق

---

1 الفائق في غريب الحديث و الأثر 328/1، ، النهاية في غريب الحديث والأثر أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ت: طاهر أحمد الزاوى – محمود محمد الطناحي ،باب الغين مع اللّام ج716/3 ط المكتبة العلمية ، 1399هـ – 1979م

أساس البلاغة أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري ت: محمود محمد شاكر ج162/2 مطبعة المدني – القاهرة – 1991 لسان العرب م5،ج37 باب الغين 3284 .

2 ابن ماجه بشرح أبي الحسن السندي ت:خليل مأمون شيحا باب طلاق المكره والناسي حديث رقم 2046،ج513/2 دار المعرفة بيروت ط1416/1-1996

3 طلبة الطلبة في الإصطلاحات الفقهية نجم الدين بن حفص النسفي ج122/1 دار القلم بيروت – ط1406/1هـ

4 فتح الباري كتاب الطلاق ج2350/2 .

وثبوت الإثم لا ينافي ترتب الآثار ؛لأن الواحد بالشخص له جهتان ،كالصلاة في المغصوب.

وعلى فرض صحة الاستدلال به ؛فهو معارض بحديث الظهار وإنفاذ النّبيّ ﷺلظهارها، مع وقوعه في حال الغضب، فيكون قياس طلاق الغضبان أقرب إلى ظهار الغضبان منه إلى قضاء الغضبان، إذ الظهار والطلاق من توابع أحكام النكاح، بخلاف القضاء.

أمّا أدلّة الجمهور فقد اعترضت بأن المراد منها الحالة الأولى حيث يكون الغضب في مبادئه لكن يردُّ أنّها وردت بذكر الغضب مطلقًا عامًّا ، وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال، فتدخل الحالات الثلاث فيه ويكون كل من طلق في غضب ألزم بطلاقه، وخصّ الإجماع الحالة الثانية حين يبلغ الغضب أشده فتخرج، وتبقى الحالتان الأخريان مرادتين بهذا الحديث[1]

وبناء على ما تقدم من الأدلة ومناقشتها ،يترجح قول الجمهور القائلين بوقوع طلاق الغضبان ،.لأنّ الأدلة التي استدلوا بها أقرب إلى بيان الحكم الشرعي في هذه المسألة من أدلة القول الثاني. قال ابن عرفة عن ابن رشد : "يمين الغضب لازمة اتفاقاً ، وقد أغلظ المسناوي على من نقل غير ذلك ولبّس به على المسلمين . وقال : إنّ ذلك من الافتراء على الأئمّة المعتبرين المعروفين بالتحقيق التام . قال : فالواجب تعزير من عمل بذلك أو ركن إليه أو أفتى به إن لم يعذر بجهل[2]، قال النابغة:

وقولهم إنّ طلاق الغضب ليس بلازم لضعفه اغضب
أن قاله بعض من الحنابلة فلم يجد في بيدر سنابله
وقد رماه العلما كابن حجر على البخاري بنبل وحجر
لذلك القول به لم يقبل في مذهب سوى شذوذ حنبلي
فإنّما الإغلاق عند مالك الإكراه لا الغضب ذو المهالك [3]

ثالثا: تعليق الطلاق

الطلاق يكون منجّزا ويكون معلقا على شرط فالأول:كقوله أنت طالق والثاني قسمان لأنّه إمّا أن يعلق على يمين أوْ لا ،وكلا هما واقع عند حصول شرطه في مذهب فقهاء الأمة من الصحابة والتابعين وتابعيهم وخالف في ذلك الروافض وتابعهم بعض الظاهرية ، ومنهم ابن حزم وابن تيمية في التعليق على يمين .

1 حكم طلاق الغضبان بحث على موقع جامعة الإيمان .www.gameataleman.org

2 البهجة في شرح التحفة ، دار الفكر ط1416-1996 م554/1

3 نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي ت:يحي بن البراء المكتبة المكية ،مؤسسة الريان ط1 1422-2002 ص101.

1- أدلة الجمهور:

أ-من الكتاب :آيات الطّلاق ، وجه الدلالة أنّ الطلاق من صيغ العموم يشمل كل أنواع الطلاق ؛سواء كان منجزا أو معلقا ،وفي قوله تعالى{ فطلقوهن لعدتهن }الأمر فيه من باب المطلق؛ والمطلق مادل على الماهية بلا قيد ،فيتناول جميع جزئياته على البدل ،ومن القواعد المقررة أنّ العام يتمسك به في حياة النّبيّ ﷺوبعده ،وأن المطلق يتناول جميع جزئياته كالعام ؛إلا أن تناول العام على سبيل الشمول؛وتناول المطلق على سبيل البدلية ولا مخصص لهذا العموم ولا مقيد لهذا المطلق.

ب-من السنة

ب(1)-ماجاء في البخاري :باب الشروط في الطلاق ،قال الحافظ :أي تعليق الطلاق، وذكر الحديث بسنده إلى أبي هريرة ﷺقال" نهى رسول الله ﷺعن التلقي وأن يبتاع المهاجر لأعرابي وأن تشترط المرأة طلاق أختها "[1]،ووجه الدلالة أن من صور تسبب المرأة في طلاق أختها، أن تقول لزوجها، إن تزوجتك ففلانة طالق فيعلق طلاق امرأته على تزوجه ،بها فيقع الطلاق؛ لأنه لو لم يقع لما كان للنّهي معنى، لأن مقتضى القضية الشرطية الحكم بالمشروط على تقدير حصول الشرط، لأجل ذلك وضع البخاري هذه الترجمة ،وقال في باب النكاح" باب الشروط التي لا تحل في النكاح "،وساق الحديث:"لا يحل لمرأة تسأل طلاق أختها تستفرغ صحفتها فإنما لها ماقدر لها" [2]

ب(2)- قوله ﷺ: (المسلمون عند شروطهم)[3] وجه الدلالة: أن الزوج علق الطلاق بشرط غير مستحيل فيجب الوفاء به عند حصول المعلّق عليه.

ب3)-ما أخرجه البخاري عن نافع، قال:" طلّق رجل امرأته البتة إن خرجت، فقال ابن عمر: إن خرجت فقد بانت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء" [4]، وجه الدلالة: أن ابن عمر أفتى بوقوع الطلاق المعلّق فيقع.

مارواه البيهقي في سننه بسند صحيح عن ابن مسعود في رجل قال لامرأته إن فعلت كذا وكذا فأنت

---

1 البخاري كتاب الشروط باب الشروط في الطلاق حديث رقم :2727 ص446 .

2 البخاري كتاب النكاح ص921 .

3 أبو داود كتاب الأقضية باب في الصلح حديث رقم:3594 م168/2 **من حديث كثير بن زيد ، عن الوليد بن رباح ، عن أبي هريرة مرفوعا به ،وفيه مقال . قال أبو زرعة : صدوق فيه لين (البدر المنير 552/6)** .

4 البخاري كتاب الطلاق باب الطلاق في الإغلاق والكره ..إلخ ص941 .

طالق ففعلته ،قال هي واحدة" [1]ووجه الدلالة واضح، وابن مسعود كنيف ملئ علما ومثل هذه الفتوى تروى عن أبي ذر وابن الزبير والآثار في ذلك كثيرة .

ج(**4**)–مانقله ابن عبد البر في التمهيد والإستذكار مسندا ،عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت :" كل يمين وإن عظمت ليس فيها طلاق ولا عتاق ففيهاكفارة يمين" [2]

ت–من الآثار:

ت(1)–مارواه مالك في الموطأبلاغا ،ووصله ابن عبد البر عن ثلاث من الصحابة :عمر وابنه عبد الله وابن مسعود أنهم كانوا يقولون :"إذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ،إن ذلك لازم له إن نكحها "[3]،قال أبو الوليد الباجي" يريدون أن يقول إن تزوجتك فأنت طالق، أو إن تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق" [4].

ت(2)–مارواه البخاري بسنده عن نافع أنه قال :"طلق رجل امرأته البتة ،إن خرجت فقال إن خرجت فقد بانت منه ،وإن لم تخرج فليس بشئ" [5]،ووجه الدلالة واضح في فتوى ابن عمر ولا يعرف مخالف له من الصحابة.

*ما روي عن عليﷺ: (أنه رفع إليه رجل أراد أن يسافر فأخذه أهل امرأته فلم يزالوا به حتى أحلفوه أنه إن لم يفعل كذا فهي طالق، فعند ذلك خلوا بينه وبين السفر فسافر فرفعوه إلى أمير المؤمنين علي فقال اضطهدتموه)[6]، ووجه الدلالة أنّ عليا ردّ الزوجة لأجل الإكراه وهو ظاهر في أنه يرى الإيقاع لولا الإكراه .

د– الإجماع:اجتمعت الأمة على وقوع الطلاق المعلق بقسميه وكل من قال بهذا من العلماء لم يفرق بين المعلّق على يمين أو غيره، وممّن نقل الإجماع على ذلك الإمام الشافعي وأبوعبيد وأبو ثور وابن جرير الطبري وابن المنذر ومحمد بن نصر المروزي وابن عبد البر في التمهيد والاستذكار وابن رشد في المقدمات والباجي في المنتقى وهو مذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأمّا أحمد فهو أكثرهم نصا عليه فإنّه نص على أن يمين الطلاق والعتاق ليست من الأيمان التي تكفر ولا تدخل فيها الكفارة واستدل بالأثر

---

1 البيهقي كتاب الطلاق والخلع باب الطلاق بالوقت والفعل حديث رقم:15090 ج583/7 .

2 التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد أبوعمر بن عبد البر ت:أ .مصطفى العلوي أ.البكري مالك عن عثمان بن حفص ط1411-1991 ج90/20

3 الموطأ كتاب الطلاق باب في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح حديث رقم 1240 .

4 المنتقى كتاب الطلاق باب ماجاء في يمين الرجل بطباب ما لم ينكح ج1215/5 .

5 البخاري كتاب الطلاق باب الطلاق في الإغلاق والكره ..إلخ ص941 .

[6]المحلّى ج216/10.

المروي عن عثمان وفيه فتوى ابن عمر وابن عباس وابن الزبير بإيقاع الحنث على الحانث في اليمين [1] قال أبو عمر "لا خلاف بين علماء الأمة سلفهم وخلفهم أن

الطلاق لا كفارة فيه وأن اليمين بالطلاق كالطلاق على الصفة وأنّه لازم مع وجود الصفة [2].

2-أدلة المخالف:

استدل المخالف لمذهب الجمهور وهو ابن تيمية ومن تبعه بما يلي:

أ-من الكتاب :أ(**1**)-قوله تعالى﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ البقرة: 225 وقوله تعالى:﴿ وَلَا تَجْعَلُوا۟ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ ﴾ البقرة: 224 قال ابن تيمية: إذا كان المقصود بالطلاق المعلّق الحث على الفعل، أو الامتناع عنه أو تأكيد الخبر كان له معنى اليمين، فيكون داخلاً في أحكام اليمين المنعقدة، فتشمله هذه الآيات.

ب-من السنة

ب(1)-ماروي عن شريح وطاوس أنّهما قالا"ليس الحلف بالطلاق شيئا"[3]

ب(2)- ما روي عن عكرمة مولى ابن عباس أنّه سئل عن رجل حلف بالطلاق أنّه لا يكلم أخاه، فكلمه، فلم يرَ ذلك شيئاً، ثم قرأ: "ولا تتبعوا خطوات الشيطان"[4] .

2-مناقشة الأدلة:

أمّا الاستدلال بالآيات وكون المعلق يمينا عند ابن تيمية فقد قال الجمهور: الطلاق المعلّق لا يسمى يميناً لا شرعاً ولا لغة إلا على سبيل المجاز لمشابهته باليمين من حيث الحث على الفعل أو الامتناع عنه، فلا يكون له حكم اليمين، ويبقى حكمه وقوع الطلاق عند حصول الأمر الذي علق عليه.

أما الآثار:ففتوى طاوس إنّما هي في حق المكره لذا أورده عبد الرزاق في باب طلاق الكره على أن النّقل قد صحّ عن طاوس بالإيقاع في سنن سعيد بن منصور ومصنف عبد الرزاق وغيرهما [5]

ورد ابن القيم على الجمهور فقال: إن عليّ بن أبي طالب كرم الله وجهه، وشريح وطاووس لا يقضون بالطلاق على من حلف فحنث، ولا يعرف لعلي كرّم الله وجهه مخالف من الصحابة.

---

[1] الدرة المضية ص13-19.

[2] التمهيدج 90/20

3 مصنف عبد الرزاق كتاب الطلاق باب طلاق الكره رقم:11401 .

4 إعلام الموقعين عن رب العالمين ابن القيم تحقيق : طه عبد الرءوف سعد دار الجيل - بيروت ، 1973ج100/4

[5]الإشفاق على أحكام الطلاق الكوثري ص54 .

3-الترجيح

من خلال ما سبق يتضح رجحان قول الجمهور لصحة أدلتهم وصراحتها ، ولأنّ الله سبحانه وتعالى أعطى المسلم الطلاق، فإن شاء نجزه وإن شاء علقه، والقياس الصحيح والنظر الصحيح يقتضي أنّه إذا علق الطلاق على شيء فإنه يقع به كما إذا أعتق عبيده بشرط وجود شيء ووجد ذلك الشيء فإنّه يحكم بعتق العبيد، والعتق والطلاق بابهما واحد؛ و هذه الصيغة في أصل الوضع اللغوي صيغةٌ مؤثرة؛ ولذلك اعتبرت الشروط، (المسلمون على شروطهم)، لا سيما أن هناك ما يؤيد قولهم من مثل قول النبي ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات) والقاعدة الفقهية القائلة: إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث: في آثار الفرقة

الفرع الاول :في الرجعة

البند الأول: تعريفها

أولا: لغة

هي اسم مصدر رجع وهو **العود** إلى ما كان منه البدء، أو **تقدير البدء** مكانا كان أو فعلا، أو قولا، بذاته كان رجوعه، أو بجزء من أجزائه، أو بفعل من أفعاله. **والجواب** كرجعان الكتاب: جوابه، يقال: رجع إلي الجواب يرجع رجعا ورجعانا وقوله:﴿ وَٱلسَّمَآءِ ذَاتِ ٱلرَّجۡعِ ﴾ الطارق: 14،أي المطر، قال ابن عباس في الآية: المطر بعد المطر. ، وسمي رجعا لرد الهواء ما تناوله من الماء،[1]

ثانيا: اصطلاحا

1-شرعا:تقاربت أقوال الفقهاء في تعريفها فقد عرفها في البدائع :استدامة ملك النكاح القائم ومنعه من الزوال[2]."

وعرفها الدردير عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد[3]".

وعند الشافعية :رد المرأة إلى النّكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص[4].

وعند الحنابلة إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد [1]، إلا أن تعريف المالكية والحنابلة أدق وأجمع لتعرضهما إلى عدم تجديد العقد وهو ما أهمله تعريف الشافعية والحنفية ، كما أن تعريف الحنفية

---

1 الدر المنثور في التفسير بالمأثور السيوطي 476/8) دار الفكر ط1993-1414،

2 بدائع كتاب الطلاق 183/3 .

3 حاشية الدسوقي م653/2 .

4 مغني المحتاج ج3/5 .

غير مانع لأن الاستدامة قد تكون بغير رجعة ،أي بدوام النكاح ابتداء دون تقدم طلاق ،وتعريف الدردير لم يذكر نوع المطلقة التي يمكن أن تراجع وعليه فالمختار من هذه التعاريف تعريف الحنابلة .

2–قانونا:أورد المشرع الرجعة في م:50[من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد].

وفي م 51 [لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء][2]

والملاحظات على المادتين كالآتي :

أ–من حيث الشكل: فالمشرع لم يعط عناوين دالة على المقصود من المادة ،فلا يعرف موضوعها إلا بعد قرائتها كاملا بسبب ترك تقديم التصورات بالتعاريف .

ب–أعطى المشرع ضابطين مختلفين في الرجعة وهما محاولة الصلح ،وصدور الحكم بالطلاق فماذا لو راجع بعد محاولات الصلح وقبل صدور الحكم؟

ج–ذكر المشرع لزوم العقد في المراجعة ولم يفصح بالمراد هل العقد الإداري حسب المتبادر أم الفاتحة كما هو العرف؟

البند الثاني: حكمها

الأصل أنها مباحة لقوله تعالى:﴿ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ** ﴾ البقرة: 228، وتجب عند الحنفية والمالكية إذا طلقها واحدة في الحيض، لأنه بدعي يوجب التصحيح وهو لا يتم إلا بالرجعة ،والدليل حديث ابن عمر السابق وعند الشافعية والحنابلة تسنُّ في هذه الحالة ، وتندب لمصلحة راجحة كرعاية الأولاد وتكره إذا ظنّ الزوج أنّه لن يقيم حدود الله من حيث الإحسان إلى زوجته ،وتحرم إذا قصد الزوج الإضرار بالمرأة فيراجعها ليلحق بها الأذى والضرر.

فالتعسف فيها يشمل صورتين :

أولا:الرجعة لمجرد الرجعة ،دون أن يظنّ إقامة حدود الله قال القرطبي في قوله تعالى:﴿ **إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ** ﴾البقرة: 230، شرط. قال طاوس: إن ظنّا أن كل واحد منهما يحسن عشرة صاحبه. وقيل:

---

1 كشاف القناع 5341

2 ق.أ.ج.ر م51،50 ص22 .

حدود الله فرائضه، أي إذا علما أنه يكون بينهما الصلاح بالنكاح الثاني، فإن عجز عن شيء من حقوقها الواجبة عليه فلا يحل له أن يتزوجها حتى يبين لها كيلا يغرها من نفسه[1].

ثانيا:الرجعة للمضارة لقوله تعالى : { وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا } قال الرازي:قال القفال : الضرار هو المضارة، وذكر المفسرون في تفسيره وجوها منها: ما روي أن الرجل كان يطلق المرأة ثم يدعها ، فإذا قارب انقضاء القرء الثالث راجعها ، وهكذا حتى تبقى في العدة تسعة أشهر أو أكثر.

أما قوله تعالى : { لِّتَعْتَدُواْ } ففيه وجهان الأول : المراد لا تضاروهنّ فتكونوا معتدين ،فاللام للعاقبة ،أي لا تضاروهن على قصد الاعتداء عليهن ، فحينئذٍ تصيرون عصاة الله.

قال مالك:إذا حصل ذلك من غير جماع ،وقصد بذلك مضارتها بتطويل العدة عليها فإنّها لا تستأنف العدة من جديد ،وإنما تبني على ما مضى منها قبل أن يراجعها .معاملة له بنقيض مقصوده، وفي رواية لأحمد تبني مطلقا سواء قصد الضرر أم لا ،إلا إذا جامعها فإنها تستأنف ،وقال الجمهور" إنها تستأنف قصد الضرر أم لا وعليه إثم ذلك"[2].

الفرع الثاني: النسب

البند الأول: تعريفه

أولا: لغة

النّسب واحد الأنساب ، والنِّسبة والنُّسبة المثل وانتسب إلى أبيه أي اعتزى . وتنسب أي ادعى أنه نسيبك ، وفي المثل : " القريب من تقرب لا من تنسب ،وفلان يناسب فلانا فهو نسيبه أي قريبه[3].

ثانيا: اصطلاحا

عرفه المالكية بأنه الإنتساب إلى أب معين. وقال الخطيب الشربيني بأنه القرابة .

وقال البهوتي هو الرحم [4].

البند الثاني: أحكامه

أولا: حقوق النسب

1 الجامع لأحكام القرآن ج97/4 .

2 التفسير الكبير ج110/5 .

3 لسان العرب باب النون ج4405/49 .

4 مواهب الجليل ج572/3 ،مغني المحتاج ج52/5 .

في النسب عدة حقوق ففيه حق لله تعالى لصلة الرحم ولأن الله أمر به فقال:﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ ﴾الأحزاب: 5 ولقوله ﷺ: (من ادّعى إلى غير أبيه هو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام)[1]،وفيه حق للولد للرعاية والإنفاق وفيه حق للأم لأنها تعير بولد إذا لم يكن له أب وفيه حق للأب لأنه يترتب على ثبوت نسبه إليه حقوق أخرى ،كحقه في الولاية على ولده حال صغره، وهو الأولى بهذا الحق لأن النسب لا يكون إلا من جهته.

ثانيا: أسبابه

1- شرعا

يثبت النسب إمّا من نكاح أو استيلاد والأول إمّا صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة

أ-النكاح:فالصحيح يثبت اتفاقا لحديث:(الولد للفراش وللعاهر الحجر)،[2]بالشروط التالية:

*-تصوّر الحمل ببلوغ الذكر وقدرته .

*-أن تكون الولادة خلال مدة الحمل التي أقلها ستة أشهر.

*-إمكانية تلاقي الزوجين.

وأمّا الفاسد فيثبت كذلك إذا اتّصل به دخول ,وأمّا الوطء بشبهة فيثبت وفاقا للجمهور خلافا لبعض الحنابلة.

ب-الاستيلاد:هو طلب الولد بتصيير الجارية أم ولد ويتر تب النسب بإقرار السيد بالوطء عند الجمهور خلافا للحنفية حيث اشترطوا إقراره بأن الولد منه[3]

2- قانونا

تناول المشرع طرق إثبات النّسب في م 40معدلة [يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبق للمواد 32و33و34 من هذا القانون يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النّسب].[4]

---

1 البخاري باب من ادعى إلى غير أبيه رقم6766 ص1167.

2 الموطأ كتاب الأقضية باب القضاء بإلحاق الولد رقم1449 ص318 ، البخاري كتاب البيوع باب تفسير المشبهات رقم 2058ص329.

3 الدر المختار ج340/8 ، مواهب الجليل ج277/5-281 ،المغني ج337/5.

4 ق.أ.ج.ر ص21 .

وبتحليل هذه المادة نجد أن المشرع قد حدد الطرق الواضحة لإثبات النسب الشرعي نجملها فيما يلي:

أ– ثبوت النسب بالزواج الصحيح: إذا توافرت الشروط التالية(م 41، 42، 43 قا.أ):

أ(**1**)– إمكانية الاتصال بين الزوجين: فلا يثبت للمنفصل كمسافر أو مسجون أو مفقود، إلا ما نص في م 45 مكرر قا.أ[" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي]،[1] الذي لا يتم فيه اتصال الجنسين خاصة إذا تعلق الأمر بأطفال الأنابيب.

أ(**2**)– عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:فإن نفاه اشترط القضاء أن يرفع دعوى اللعان بمجرد العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا.

وقضت المحكمة في قرارها الصادر:[إنّ المستقر عليه قضاء أن فترة الحمل لا تتجاوز 10 أشهر فإذا انقضت هذه المدة فإن دعوى إثبات النسب تسقط][2].

وزاد المشرع في م 2/40 قا.أ على أنّه:[يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب]،كالبصمة الوراثية وهل يدخل في ذلك نفي النّسب أيضا ؟، والظاهر دخوله لأنّ المراد الفصل في النسب إمّا إثباتا وإمّا نفيا.

أ(**3**)– ولادة الولد بين أدنى مدة للحمل وأقصاها:تنص م 42 قا.أ على أنّ:[أقل مدة للحمل 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر][3]، وأنّ الحد الأدنى للمدة يبدأ من تاريخ إبرام الزواج وأنّ الحدّ الأقصى يبدأ من تاريخ الانفصال أي من تاريخ الحكم بالطلاق أو البطلان أو الفساد أو من تاريخ وفاة الزوج..

ب– ثبوت النّسب بالزواج الفاسد.

تنص م 34 قا.أ على أنّه:[كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النّسب ووجوب الإستبراء][4]، ومن ثمّ فإنّ المشرع الجزائري –وحفاظا على مصلحة الطفل– لم يفرق بين سوء النية وحسن النية بإبرام عقد الزواج بل جاء بقاعدة تطبق في كل الحالات وهي أنّ النّسب يثبت في الزواج الفاسد.

ج–ثبوت النّسب بالوطأ بشبهة.

---

1 ج.ر ص21

2 م.ق.ملف 35934 45/1993/11/23

3 ق.أ.ج.ر م32/42.

4 ق.أ.ج.ر العدد15 ص21

تنص م 40 قا.أ على أنّه:[يثبت النّسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من ق.أ]، والملاحظ على المادّة أنّ المشرع لم يفرّق بين الوطأ بشبهة والنّكاح بشبهة لأنّه إن قصد بالنكاح الزواج فهو داخل في الزواج الفاسد الذي نصّ عليه في م 40 قا.أ عندما نص على أنّه:[أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون][1].وإنّما تتحدث المادة عن الوطء بشبهة كمن جامع امرأة يظنّها زوجته ،إلاّ أن يعتذر عن ذلك بأنّه أراد المعنى اللغوي للنكاح.

د–ثبوت النّسب بالإقرار: وهو غير التبني لأنّه لا يتمّ إلا بعلاقة زوجية أمّا التبنّي الذي حرمته م 46 قا.أ فهو إلحاق الطفل المكفول بلقب الكافل وهو محرّم شرعا، لكن هناك مرسوم نص على :[إمكانية منح لقب الكافل للمكفول وذلك مع بعض الشروط من حيث أنه ينبغي أن يكون مجهول النسب وأن تكون الأم قد وافقت على ذلك صراحة وبطريقة رسمية]،[2] مع اشتراط كتابة اللقب الأصلي للمكفول في ذيل عقد ميلاده وهذا (التبني البسيط) لا يرتب الحقوق الأخرى كموانع الزواج والميراث ، والإقرار قسمان:

د(1)– الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة:بالشروط التالية:

–أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب ولو في مرض الموت.

–أن يكون هذا الإقرار يصدقه العقل أو العادة

د(2)– الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة: " يمكن أن يكون بالأخوة أو بالعمومة". بالشرطين السابقين مع موافقة المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار، بمعنى إذا ادعى شخص بأن فلان أخاه يشترط في هذه الحالة حتى يرتب الإقرار أثره أن يوافق الأب على ذلك و يقره.[3]

البند الثالث: تصور التعسف فيه

تقدم لنا أنّ النسب يكون حقا للأب أكثر من غيره لأنّ النسب يثبت من جهته أكثر من غيره لذلك فكونه حقا يقع فيه التعسف وذلك من جهتين جهة الإثبات وجهة النفي:

أولا: جهة الإثبات

وذلك بمحاولة إثبات النّسب بغير أسبابه وشروطه كأن يثبه من زنا وفي هذه المسألة مذهبان:

1–"لايلحق ولد الزنى بالزاني وهو مذهب الجمهور [1]

---

1 ق.أ.ج.ر العدد15ص 21

2 م.ق المرسوم :بتاريخ1992/01/13

3الوجيز ج367/1-400

من الحنفية[1]والمالكية والشافعية والحنابلة والإباضية والظاهرية ورجّحه ابن قدامة للأدلة التالية:

أ–قوله ﷺ:(الولد للفراش وللعاهر الحجر)[1] ووجه الدلالة أنّ نسب الولد لا يثبت إلاّ بكون الموطوءة فراشا شرعيا أي بحكم الشرع وأنّ الزاني ليس له إلا إلقام الحجر فلا ينسب ولد الزنى للزاني.

فإن قيل إنّ الحديث لا يتناول العاهر أي إذا لم تكن المرأة فراشا لم تدخل في الحديث أجيب أنّ هذا استدلال بالمفهوم وهو مخالف لمنطوق الحديث الذي ينصّ على المرأة الموطوءة بالشرع ثمّ إنّ بقية الحديث وهو قوله وللعاهر الحجر أي لا ينسب إليه الولد .

ب–حديث ابن عباسﷺ قال قال رسول الله : (لا مساعاة في الإسلام من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصبته ومن ادعى ولدا من غير رشدة فلا يرث ولا يورث)[2] ،ووجه الدلالة أنّ المساعاة وهي الزنى أبطلها الإسلام ولم يلحق النسب بها وما كان منها في الجاهلية عفا عنه .

ج–ماروواه أهل السنن من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (إنّ النبي ﷺقضى أنّ كل مستلحق استلحق بعد أبيه الذي يدعى له ادعاه ورثته فقضى أنّ كلّ من كان من أمة يملكها يوم أصابها فقد لحق بمن استلحقه ،وليس له مما قسم قبله من الميراث شئ وما أدرك من ميراث لم يقسم فله نصيبه ، ولا يلحق إذا كان أبوه الذي يدعى له أنكره ، وإن كان من أمة لم يملكها أو من حرة عاهر بها فإنه لا يلحق به ولا يرث وإن كان الذي يدعى له هو ادعاه فهو ولد زنية من حرة كان أو أمة ، وهو ولد زنا لأهل أمه من كانوا حرة أو أمة وذلك فيما استلحق في أول الإسلام فقد مضى"[3] ووجه الدلالة أن كل مستلحق بعد موت أبيه فإنه يلحق إن كان حصل من أمة وإن كان عاهر بها أي زنى بها فإنه لا يلحق ولا يرث فإن الزنى لا يثبت النسب[4].

2–يلحق به وهو منقول عن الحسن البصري رواه عنه إسحاق بن راهويه وهو مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار ذكر عنهما أنهما قالا:" أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه

---

[1]الدر المختار ج343/8 ، مواهب الجليل ج277/5 ، المغني 133/9، المحلى لابن حزم 335/8.

2 أبوداود واللفظ له، كتاب الطلاق باب في ادعاء ولد الزنا رقم:2264 م522/1 ، مسند أحمد 3416 ج437/3 ووضعفه المنذري لأنّ في سنده راو مجهول عن سعيد بن جبير لكن له طرق أخرى تقويه كطريق عمر بن سليمان عن سلم بن أبي الذيال عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال الحاكم صحيح على شرط الشيخين مختصر سنن ابي داود 173/3

3 أبوداود واللفظ له كتاب الطلاق باب في ادعاء ولد الزنا 2265 م522/1 وفي إسناده محمد بن راشد المكحولي وفيه مقال وقد وثّقه أحمد وابن معين (فتح الغفار43/15)

4 معالم السنن للخطابي باب ادعاء ولد الزنا ج274/3 .

ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه ، وتبعهم في ذلك ابن تيمية وابن القيم"[1] وأدلتهم كالآتي:

أ–قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾الأنعام: 164 وجه الدلالة أن إلحاق ولد الزنى بالزاني حفظ لنسبه حتى لا يعير بذنب لم يجنه ورد أن الآية أعم من المدعى ،وأنّ النسب محفوظ شرعا بطرق وأدلة ليس منها الزنى المحرم .

ب–الحديث السابق : (الولد للفراش)[2] ووجه الدلالة أن نص الحديث يثبت النسب بسبب الفراش فإذا ولد للزاني ولا فراش يعارضه لحق بها [3]، وقد سبق بيان ضعف هذا الاستدلال .

ج– أنّ عمر ﷺكان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاه في الإسلام"[4] أي كان يلحقهم.

واعترض أن ذلك إذا لم يكن فراش يعارضه لأن أكثر أهل الجاهلية كان كذلك ، وأما اليوم في الإسلام فلا يلحق ولد الزنى بمدعيه ، ولأن قضاء عمر كان في عهار الجاهلية وهو أخف حكما من عهار الإسلام لوجود الشبهة التي يجوز إلحاق الولد بها .[5]

د –إنّ القياس الصحيح يقتضيه فإنّ الأب أحد الزانيين ، وهو يلحق بأمه فلحوقه بأبيه أولى واعترض عليه بأنه قياس في مقابل النص فلا عبرة به .

هـ–المصلحة في الإلحاق واعترض أنّ المصلحة هنا في مقابل نصّ فلا تعتبر .

3–الترجيح:من خلال ماسبق يترجح قول الجمهور لصحة أدلتهم وصراحتها وخاصة حديث عمرو بن شعيب الذي قال فيه ابن القيم فهذا الحديث يرد قول اسحاق ومن وافقه ونحن نحتجّ بعمرو بن شعيب فلا يعلّل به الحديث المذكور.[6]

وأمّا القانون فقد تقدم أنّه لا يثبت النّسب من زنا فهو موافق لقول الجمهور وهذا ما قضت به المحكمة العليا:[من المقرر شرعا أنّ الولد للفراش الصحيح وأنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ومن ثم فإن الولد الذي بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبة لصاحب الفراش ...بعد أن يتبين لديهم أن عقد الزواج إبرام

---

1 مجموع الفتاوى ج11/34 ، المغني لابن قدامة 123/9 .

2 سبق تخريجه .

3 مجموع الفتاوى ج12/34 .

4 مالك في الموطأ كتاب الأقضية باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه حديث رقم:1449 ص518 ، البيهقي 263/10

5 شرح الزرقاني على الموطأ كتاب الأقضية المكتبة العصرية بيروت ط1422/1- 2002 ج31/4

6 زاد المعاد4269/5

بين الطرفين يوم:1982/11/02 أنّ البنت ازدادت يوم 1982/01/06 أربع وستين يوما من تاريخ الزواج المزعوم قبل العقد يعد زنا وأن الزنا لا ينسب إلى أبيه ومتى إن كان كذلك استوجب رفض الطعن][1].

ثانيا:جهة النّفي

من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية : أنّ الشارع متشوّف للحاق النسب، لذا اتفق الفقهاء على اعتبار الأحوال النادرة في الإلحاق ، فإذا ثبت هذا الحق فإنّه لا يجوز لمن لحق به إسقاطه، إلاّ بشروط منها:

1- أن يكون فور العلم بالولادة مع إمكانه ،وزاد الحنفية إلى سبعة أيام .

2-ألاّ يتقدم منه إقرار بالولد ولو دلالة أو ضمناً، كقبوله التهنئة بالمولود مع عدم الرد.

3-حكم القاضي بالتفريق بين الزوجين: لأن الزواج قبل التفريق قائم، فلا يجب النفي.

4-أن يدّعي أنّه لم يطأ الزوجة أصلاً بعد العقد، أو لأمد يلحق به، أو أنه وطئها ولكنه استبرأها بحيضة واحدة.

5- أن يبدأ بلعان الزوج قبل لعان المرأة، وقال المالكية والحنفية: إن فعل العكس أخطأ السنة، والفرقة جائزة، وينتفي الولد عنه.

وزاد الحنفيةشروطا أخرى هي :

1- توافر حياة الولد وقت التفريق القضائي.

2-ألا تلد بعد التفريق ولداً آخر من بطن واحد.

3-ألا يكون محكوماً بثبوت نسب الولد شرعاً: ككون الأب يعقل ولده الذي قتل آخر.

وزاد الحنابلة ما يأتي:

1- أن يذكر نفي الولد في لعان كل من الزوجين؛ لأنهما متحالفان على شيء فاشترط ذكره في تحالفهما كالمختلفين في اليمين، فإن لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عن الزوج.

2- أن يوجد اللعان من كلا الزوجين. وهذا قول أكثر العلماء .

3- أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً.[2] .

وقد استقر الاجتهاد القضائي في المدة على قول الحنفية ، ففي قرار صادر عن المحكمة العليا:[..ومن المستقر عليه قضاء أنّ مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام ..][3]

---

1 م.ق الملف رقم:193825

[2] رد المحتار ج241/5 ، مغني المحتاج ج499/3 ، والبدائع 4 / 329 ،حاشية الدسوقي م723/2 ، كشاف القناع ج126/5.

[3] م.ق.ملف 165408 قرار 1984/12/17ص25.

المبحث الثاني : تعسف الزوجة

المطلب الاول : في مقدمات الفرقة

الفرع الأول : في السوابق

البند الأول: في الكفاءة

أولا: حق الكفاءة

ذهب الفقهاء إلى أنّ الكفاءة حقّ للمرأة وللأولياء ؛ لأن لها الحق في أن تصون نفسها عن ذل الاستفراش لمن لا يساويها في خصال الكفاءة ، أما الأولياء فإنهم يتفاخرون بعلو نسب الختن ، ويتعيرون بدناءة نسبه ، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض على نكاح من لا تتوافر فيه خصال الكفاءة[1] ، وأن فرقتها فسخ ،واختلفوا هل هي شرط في النكاح أم لا على النحو التالي:

1-ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الكفاءة في النكاح على تفصيل في ذلك فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه " يجب تزويج المرأة من الأكفاء ، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء،وقال الحنابلة :" يفسق الولي بتزويجها بغير كفء دون رضاها ، وذلك إن تعمده "[2]

واختلف الرأي عند المالكية : فقال خليل : وللولي تركها.. قال الدسوقي : "حاصل ما في المسألة منع تزويجها من الفاسق ابتداء وإن كان يؤمن عليها منه وأنه ليس لها ولا للولي الرضا به ،لأن مخالطة الفاسق ممنوعة ، وهجره واجب شرعا ، فكيف بخلطة النكاح "؟ ،وقال الشافعية " يكره التزويج من غير كفء عند الرضا إلا لمصلحة[3]،وأدلة الجمهو رقول عمرﷺ :"لأمنعنّ فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء" [4]وقول سلمانﷺ: ثنتان فضلتمونا بها يا معشر العرب ،لا ننكح نساءكم ولا نؤمكم[5]

2- وذهب الكرخي والجصاص وهو قول سفيان الثوري والحسن البصري إلى عدم اعتبار الكفاءة ، وقالوا : إنّها ليست بشرط في النكاح أصلا وأدلتهم ما يلي:

-ماروي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺقال : (يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه ، قال : وكان حجاما)[1]، ووجه الدلالة الأمر بالتزويج عند عدم الكفاءة ولو كانت معتبرة لما أمر ،

---

1 رد المحتار ج204/4 ،ومواهب الجليل ج527/3 مغني المحتاج ج219/3 ، وكشاف القناع ج154/5.

2كشاف القناع ج156/5.

3 مواهب الجليل ج527/3 ، مغني المحتاج ج219/3 وكشاف القناع ج154/5.

4 مصنف عبد الرزاق كتاب النكاح باب الأكفاء رقم:10324 ج 6 / 152 .

5 البيهقي كتاب النكاح باب اعتبار النسب في الكفاءة رقم:13766،ج217/7 .

-وبقوله ﷺ: (لا فضل لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ، ولا لأحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى)[2]،وجه الدلالة واضح.

- وبأن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان أولى الأبواب بالاعتبار بها باب الدماء ؛ لأنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في سائر الأبواب ، ومع هذا لم تعتبر ، حتى يقتل الشريف بالوضيع ، فهاهنا أولى ، والدليل عليه أنها لم تعتبر في جانب المرأة ، فكذا في جانب الزوج .

ثانيا: خصالها

وهي عند المالكية كما عرفها خليل :" والكفاءة الدين والحال" [3]

وهي عند الحنفية كما قال القدوري :"والكفاءة تعتبر في النسب والدين والمال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وتعتبر بالصنائع عند أبي يوسف "[4]

وعند الشافعية: " سلامة من عيب نكاح ،وحرية ،ونسب وعفة وحرفة"[5]

وهي عند الحنابلة دين ومنصب وهو النسب والحرية "[6].

فقد اتفق العلماء على عنصر الدين في الكفاءة واختلفوا في النسب والحرفة والحرية والمال والسلامة من العيوب على التفصيل الآتي:

1-الدين:وهي عند الجمهور المماثلة في التدين لا في أصل الإسلام ولا تشترط المساواة في الصلاح فليس الفاسق كفؤا للصالحة وإلا فللأولياء حق الاعتراض، وقال محمد لا تعتبر كفاءة الدين

لأنّه من أمور الآخرة والكفاءة من أحكام الدنيا فلا يقدح فيها الفسق إلا إن كان فاحشا.

2-النّسب:عند الحنفية والشافعية والحنابلة وهو في الآباء لا الأمهات [1] ،وقال مالك وسفيان الثوري لا تعتبر كفاءة النّسب استدلالا بقوله تعالى ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ الحجرات: 13 وكان سفيان الثوري يقول :لأنّ النّاس سواسية بحديث النبي ﷺ: (لا فضل لعربي على عجمي ..

---

1 أبوداود كتاب النكاح باب في الاكفاء حديث رقم 2102 م482/1 هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه(المستدرك على الصحيحين: ج2/ص178 ح2693)

2 الجامع لشعب الإيمان أبو بكر البيهقي ت:د.عبد العلي حامد رقم:4774ج132/7 مكتبة الرشد ط1422/1-2003 ورجاله رجال الصحيح(مجمع 586/3)

3 مختصر خليل ص114

4 مختصر القدوري ص146

8 مغني المحتاج ج219/3 .

6 زاد المستقنع في اختصار المقنع المؤلف : شرف الدين الحجاوي ت عبد الرحمن العسّكر دار الوطن للنشر الرياض ج163/1

3-الحرفة : هي ما يطلب به الرزق من الصنائع وغيرها ، والحرفة الدنيئة ما دلت ملابستها على انحطاط المروءة وسقوط النفس ، كملابسة القاذورات [2]

واعتبر الحنفية والشافعية والحنابلة في ظاهر الرواية الحرفة في الكفاءة في النكاح ،فليس صاحب الحرفة الخسيسة كفؤا لبنت صاحب الحرفة الشريفة لقوله تعالى :﴿ وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعۡضَكُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ فِي ٱلرِّزۡقِ ﴾النحل: 71، أي في سببه ، فبعضهم يصل إليه بعز وراحة ، وبعضهم بذل ومشقة ؛ولحديث: (العرب بعضهم أكفاء لبعض ، إلا حائك أو حجام) [3]، قيل لأحمد : كيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل عليه ، ولأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها .

وعن أبي حنيفة ومالك وفي رواية عن أحمد :" أن الحرفة غير معتبرة في الكفاءة في النكاح ؛ لأنه يمكن الانتقال والتحول عن الخسيسة إلى النفيسة منها ، فليست وصفا لازما" [4]

4-اليسار: ذهب الحنفية ، والحنابلة إلى اعتباره لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة ، ولأن للنكاح تعلقا لازما بالمهر والنفقة ، ؛ ولأن على الموسرة ضررا في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ، فلها حق الفسخ ،وحده :القدرة على مهر مثل الزوجة والنفقة .

والأصح عند الشافعية أن اليسار لا يعتبر في الكفاءة ، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر ، وروي عن أحمد عدم اعتبار اليسار ؛ لأن الفقر شرف في الدين .

5-الحال أو السلامة من العيوب : ذهب المالكية والشافعية وبعض الحنابلة ، إلى اعتبار السلامة من العيوب المثبتة لخيار فسخ النكاح ،و المراد أن يساويها في الصحة ، أي يكون سالما من العيوب الفاحشة ،خلافا للحنفية وأكثر الحنابلة : "[5]

ثالثا: صور التعسف فيها

كما ذكرنا من قبل في تعريف التعسف، أنه قد يكون بغير قصد إضرار؛ بل بترك الحق الذي ينشأ عنه ضرر في المستقبل إما للنفس أو للغير ؛بناء على ذلك فإن الزوجة إذا تركت حقها في الكفاءة أدى ذلك إلى الفرقة كمن تختار فاسقا لا يكافؤها في الدين أو معيبا ينفرها ويقطع توقانها ..إلخ ،ويذكر الباحثون

---

1 بدائع الصنائع 2 / 319 ، ومغني المحتاج ج3/ 252 ، ، والمغني 6 / 483 .

2 مغني المحتاج ج3 / 166.

3 البيهقي باب اعتبار الصنعة في الكفاءة رقم:14144 ج134/7 هذا الحديث ضعيف وله طريقان(البدر المنير 584/7).

4 رد المحتار ج205/4 مواهب الجليل ج528/3 . المغني ج371/7 .

5 مواهب الجليل 3 / 460 ، والشرح الكبير 2 / 249 رد المحتار 2 / 324 ، والمغني 6 / 485

أن من أبرز أسباب الطلاق هو عدم تكافؤ الزوجين ،فقد تختار الفتاة شابا لوسامته أو لسيارته أو منصبه أو لقصة حب نشأت في سن المراهقة فتتفاجأ بعد الزواج بسوء خلقه ودينه وهذا يكاد يكون الغالب في زواج الشباب اليوم ، لذاحث الاسلام على اختيار الرجل المتدين ولو كان فقيرا لأن دينه يمنعه من الظلم والتعسف في حق المرأة كما في حديث أَبِي هريرة قال قال رسول اللهﷺ:(لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا ؛رضي منها آخر) [1] ،، وإلا فإن الكثير من ذوي المال والمناصب والجمال لا يعرفون حقوق الزوجية وليس لدينهم ذلك الوازع الديني الذي يمنعهم من التعسف في جنب الزوجات .

أمّا القانون فلم يتطرّق إلى موضوع الكفاءة لا تلميحا ولا تصريحا ولعلّه أخذ في ذلك بالمذهب المالكي الذي جعل الكفاءة في الدين والحال أي السلامة من العيوب فقط ،فالدين يمكن أخذه من م 30 التي ذكرت النّكاح المحرم مؤقتا فذكرت[زواج المسلمة مع غير المسلم]، وأمّا الحال أي السلامة من العيوب فتناولته م53 معدلة:[العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج][2]..

إلا أنّه مع ذلك يبقى النقص واضحا في هذا الموضوع ،لأنّ هناك الكثير من المناطق لا زال الزواج فيها بالكفاءة ،وخاصة الاعتداد بالنسب ،وكان الأحرى أن يكون هناك نص يرد المسألة إلى العرف على الأقل ،إلاّ أن نتأول وندرج الكفاءة تحت الضرر المعتبر شرعا في م53ف10 لأنّ ترك اعتبار الكفاءة ينشأ عنه ضرر للمرأة ؛وعليه نقترح على المشرع أن يدرج موضوع الكفاءة ؛ويجعله مادة مستقلة في شروط الزواج ،وينص على المتفق عليه وهو الدين والحال ،ويترك الباقي للعرف ؛ويرتب حق التطليق للزوجة إن ظهر أنّ الزوج لا يكافؤها ،خاصة في الدين والحال ؛فتكون المادة كالآتي:[كفاءة الرجل للمرأة في الدين والحال ،ويعتبر العرف في باقي الخصال كالنسب واليسار والحرفة ،وللزوجة طلب التطليق بسبب عدم الكفاءة أو للقاضي الفسخ].

البند الثاني: في حقوقها قبل الدخول

أولا : المهر

1–تعريفه: أ–لغة: المهر **الصداق** ،والجمع مهور، وقد مهر المرأَة يمهرها ويمهرها مهرا وأمهرها ،وفي حديث أم حبيبة "وأَمهرها النجاشي من عنده "ساق لها مهرها ،وهو الصداق، **والحِذق** في الشيء والماهر الحاذق بكل عمل كمهرت بهذا الأَمر أمهر به مهارة ؛أَي صرت به حاذقا [3].

1 مسلم: كتاب الرضاع باب الوصية بالنساء رقم: 1469 ص586 .

2 ق.أ.ج.ر م30ص20وم53ص21 .

3 لسان العرب باب الميم م6/ج48 ص4286 .

ب–اصطلاحا:هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها

وعرفه ق.أ في م14:[الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء][1].

والحكمة منه: استدامة الزواج لأن الزوجة إن عزت –بانسداد طريق الوصول إليها إلا بالمخاطرة بالمال العظيم – كان ذلك أحفظ لها ،وإلا بأن ذلت زالت مصالح النكاح بأدنى خشونة تحدث بينهما ، ومتى هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة ولا تحصل مقاصد النكاح [2].

2–التعسف بالمغالاة في المهور

المهر حق للمرأة ،فهل يجوز لها أن تتغالى فيه ؟في المسألة ثلاثة أقوال :

أ–جواز المغالاة في المهور قال :القرطبي في قوله تعالى :{وآتيتم إحداهن قنطار} فيها دليل على جواز المغالاة في المهور ؛ لأنّ الله تعالى لا يمثل إلا بمباح. وخطب عمر ﵁ فقال : ألا لا تغالوا في صدقات النساء فإنّها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ؛ ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية. فقامت إليه امرأة فقالت : يا عمر ، يعطينا الله وتحرمنا! أليس الله سبحانه وتعالى يقول : {فلا تأخذوا منه شيئا }؟ فقال عمر : أصابت امرأة وأخطأ عمر ،وقد أصدق عمر أم كلثوم بنت علي من فاطمة ﵁أربعين ألف درهم.[3]

وروى أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺقال لرجل : "أترضى أن أزوجك فلانة" ؟ قال : نعم. وقال للمرأة : "أترضين أن أزوجك فلانا" ؟ قالت : نعم. فزوج أحدهما من صاحب ؛ فدخل بها الرجل ولم يفرض لها صداقا ولم يعطها شيئا ، وكان ممن شهد الحديبية وله سهم بخيبر ؛ فلما حضرته الوفاة قال :" إنّ رسول الله ﷺزوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا ،وإنّي أشهدكم أنّي قد أعطيتها من صداقها سهمي بخيبر ؛ فأخذت سهمها فباعته بمائة ألف"[4].

---

1 ق.أ.ج.ر ص 22

2 بدائع ج2 / 275 .

3 الجامع لأحكام القرآن سورة النساء ج164/6 .

4 أبي داود كتاب النكاح باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات حديث رقم 2117 م486/1 وقال يخاف أن يكون هذا الحديث ملزقا لأن الأمر على غير هذا.

ب–المنع : لقوله ﷺلابن أبي حدرد وقد جاء يستعينه في مهره ، فسأله عنه فقال : مائتين ؛ فغضب رسول الله ﷺوقال : (كأنكم تقطعون الذهب والفضة من عرض الحرة أو جبل) .[1] .

أمّا الآية فلا دلالة فيها لأنّ التمثيل بالقنطار إنما هو على جهة المبالغة ؛ كأنه قال : وآتيتم هذا القدر العظيم الذي لا يؤتيه أحد.كقوله : ﴿ لَوۡ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾الأنبياء: 22 ، لا يدل على حصول الآلهة ، والحاصل أنّه لا يلزم من جعل الشيء شرطا لشيء آخر كون ذلك الشرط في نفسه جائز الوقوع ، وقال ﷺ: (من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين) ولم يلزم منه جواز القتل .[2]

ج–كراهة المغالاة:ذهب الفقهاء إلى استحباب عدم المغالاة في المهور ؛ لما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺأنه قال : (من يمن المرأة تسهيل أمرها وقلة صداقها) [3]. وروي أنّ النبي ﷺقال : (تياسروا في الصداق ؛ إن الرجل يعطي المرأة حتى يبقى ذلك في نفسه عليها حسيكة)[4].

وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنّه قال :" سألت عائشة زوج النبيﷺ: كم كان صداق رسول الله ﷺ؟ قالت : كان صداقه لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشّا . قالت : أتدري ما النّشّ ؟ قال : قلت : لا ؛ قالت : نصف أوقية ؛ فتلك خمسمائة درهم ؛ فهذا صداق رسول الله ﷺلأزواجه" [5]

وخلاصة القول أنّ المهر إكرام للمرأة ؛وهو أمر يعود لقدرة الزوج فإن كان ميسور الحال وقادرا على المغالاة ؛إكراما للمرأة فلا حرج في المغالاة ؛على ماصرحت به الآية ،إلا أنّ ذلك نزر قليل بالنسبة إلى أغلب النّاس الذين تغلبهم الفاقة ؛وعلى ذلك فإنّ المغالاة المطلقة تعتبر تعسفا في حق الفقراء ؛وهم غالبية المجتمعات ؛خاصة أنّ من أبرز أسباب العزوف عن الزواج هو غلاء المهور .

ثانيا: السكن

وقصدنا في هذه الجزئية معرفة هل من حق المرأة أن يكون لها مسكن منفرد عن أهل الزوج وذلك لأن

---

1 صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان الأمير علاء الدين بن بلبان الفارسي ت:شعيب الأرنؤوط كتاب النكاح باب الصداق ذكر الإخبار عن كراهية الإكثار في الصداق بين الرجل وامرأته رقم 4094 م404/9 مؤسسة الرسالة ط1414/2-1993

2 التفسير الكبيير للرازي ج13/10 .

3 ،المستدرك على الصحيحين الحاكم النيسابوري كتاب النكاح ت:د.يوسف المرعشلي(2 / 181 ط دائرة المعرفة ب.ت.ط ،واللفظ لابن حبان ، وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم .

4 مصنف عبد الرزاق كتاب النكاح ،باب غلاء الصداق رقم:10398 ج 6 / 174 وهذا إسناد ضعيف ، ورجاله ثقات رجال الشيخين ، ولكنه معضل أو مرسل .

5 مسلم كتاب النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليما حديث رقم 2105 ص1042

السكن يعتبر حاليا أكبر معضلة تسبب الطلاق ، فالسكن مع أهل الزوج غالبا يؤدي إلى نزاعات تسبب الطلاق ،وهل اشتراط الزوجة سكنا منفردا على زوجها يعتبر تعسفا في حقها ؟

1–تعريفه: **أ– شرعا**:: السكنى اسم مصدر من السكن ، وهو القرار في المكان المعد لذلك ، والمسكن بفتح الكاف وكسرها ، المنزل أو البيت ، والجمع مساكن . والسكون ضد الحركة ، يقال : سكن بمعنى هدأ وسكت[1] .

واصطلاحا: هي المكث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام [2] .

ب–حكمها :السكنى للزوجة على زوجها واجبة ؛ لأنّ الله تعالى جعل للمطلقة الرجعية السكنى على زوجها في قوله: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ** ﴾ الطلاق: 6، فوجوب السكنى للتي هي في صلب النكاح أولى . ولأنّ الله تعالى أوجب المعاشرة بين الأزواج بالمعروف ، ومن المعروف المأمور به أن يسكنها في مسكن تأمن فيه على نفسها ومالها ، كما أنّ الزوجة لا تستغني عن المسكن ؛ للاستتار عن العيون والاستمتاع وحفظ المتاع .

أمّا السكنى مع أبوي الزوج في مسكن واحد ففيها أقوال ثلاثة:

ب(1)– قال جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة .لايجوز ،وكذا غيرهما من الأقارب ، ولذلك يكون للزوجة الامتناع عن السكنى مع واحد منهما ؛ لأنّ الانفراد بمسكن تأمن فيه على نفسها ومالها حق لها، وليس لأحد جبرها على ذلك[3] .

ب(2)– المالكية فرّقوا بين الزوجة الشريفة فلا يجوز والوضيعة إلا لضرر عليها [4].

ب(3)– قال الحنابلة : إن كان عاجزا لا يلزمه إجابة طلبها ، وإلا فيلزمه[5].

2–قانونا: لم يتعرض القانون للسكن على أنّه حق للزوجة كما قدمنا ولكن تناوله على أنّه ممّا ينبغي على الزوج توفيره في حالة الحضانة بعد الانفصال فذكر في م :72معدلة[في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذّر ذلك فعليه دفع بدل إيجار **]**[6].

---

1 لسان العرب م3 باب السين ج2053/23 .

2 بدائع ج 1728/4 ، مواهب الجليل ج218/4 ،كشاف القناع ج4 /2154.

3 بدائع 5 / 2213، بستان العارفين للإمام النووي ص 34، كشاف القناع 3 / 53.

4 مواهب الجليل ج223/4 .

5 كشّاف القناع ج137/5.

6 ق.أ.ج.ر م72 ص22 .

والسبب على مايبدو هو مراعاة المشرع لأحوال وظروف الغالبية من المجتمع حيث أنّ السكن غدا العقبة الكبرى قبل وبعد الزواج ، وعليه وبعد استعراض المسألة في الشرع والقانون نقول أنّ السكن حق ثابت للمرأة ولا يجب عليها أن تسكن مع أقارب زوجها، لكن هذا في حالة الوسع والوجدان ،أمّا في حالة العسر فالزوجة تكون متعسفة في حقها إذا طالبت بمسكن منفرد ، خاصّة إذا كانت ظروف الزوج لا تسمح بذلك ،والواقع المشاهد هو أنّ السّكن أصبح من الأحلام والأمنيات وبسببه عزف الكثير من الشباب عن الزواج ممّا أدّى إلى ارتفاع معدلات العنوسة في مجتمعنا ،لذلك فإنّ أهون الضرين وأخف الشرين هو صبر النساء على السكن مع أبوي الزوج ،فذلك خير من العنوسة.

الفرع الثاني: في اللواحق

البند الأول: العشرة

تكلمنا عن العشرة من حيث المعنى اللغوي والاصطلاحي؛والغرض في هذه الجزئية بيان المقصود بالمماثلة في العشرة انطلاقا من قوله تعالى ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ** ﴾البقرة: 228 ،لأن ظاهر الآية يفيد تساويهما في الحقوق التي هي مفتضيات العشرة ،فربما تحتج الزوجة بذلك على المساواة فتدندن بها على زوجها ،مما يجعلها تتعسف في العشرة لذا وجب بيان معنى المماثلة في الآية ،ثم معرفة حالات تعسفها في العشرة.

أولا: معنى المماثلة

يقول ابن عاشور : "والمثل أصله النظير والمشابه للشئ في جميع صفاته ، أو في بعضها، و لا يستقيم معنى المماثلة في سائر الأحوال والحقوق : أجناسا أو أنواعا أو أشخاصا ؛ لأن مقتضى الخلقة ، والشريعة ، التخالف بين كثير من أحوال الرجال والنساء في نظام العمران والمعاشرة ، فتعين صرفها إلى معنى المماثلة في أنواع الحقوق على إجمال تُبَيِّنُهُ تفاصيل الشريعة :

فلا يُتَوَهَّم أنّه إذا وجب على المرأة أن تَقُمَّ بيت زوجها وأن تجهز طعامه أنه يجب عليه مثل ذلك ، كما لا يُتَوَهم أنّه كما يجب عليه الإنفاق على امرأته أنّه يجب على المرأة الإنفاق على زوجها فالحقوق والوجبات التي على الزوجين تنقسم إلى قسمين :

1- حقوق وواجبات يتساوى فيها كل من الزوجين تساويا تاما : مثل إحسان المعاشرة ، وقصر الطرف عن غير ما أحل الله لهما ، والمماثلة في وجوب الرعاية (الرجل راع على أهله والمرأة راعية في بيت زوجها) ، والتشاور في الرضاع ، ونحو ذلك .

2- وحقوق وواجبات تكون بين الزوجين على وجه المقابلة ، كل بحسب ما قضاه الله عليه بمقتضى الفطرة والخلقة والشرع والحكمة[1].

ثانيا: صور تعسفها في العشرة

بناء على ماقررناه في تفسير الآية،تتبادر صور تعسف الزوجة في العشرة في مستويين :

1-مستوى التصور :وذلك بحمل المماثلة على غير محملها ،بتأويل الآية على غير ما أريدت له،بأن تعتقد الزوجة أنها مساوية للزوج من جميع الأوجه ،وهذا مما يناقض أصولا كثيرة عقلية ونقلية

2-مستوى التصديق :أي إسقاط ذلك التصور على الواقع ،بحيث أن الزوجة تسير في حياتها الأسرية على مقتضى ما تشربته من ذلك المفهوم الخاطئ ،فيظهر تعسفها تطبيقا في ما يلي:

أ-محاولة فرض نمط حياتها على الزوج ،بإجباره على القيام بنفس الأعمال التي هي من صميم عمل المرأة ،كمعظم الأعمال الخاصة بالبيت ،كما هو الحال في الغرب حيث أن الرجل يقوم بنفس أعمال البيت من كنس وطبخ والقيام بشؤون الأطفال ..إلخ .

قد يعترض بأن هذا الأمر له أصل في الشريعة ،حيث أن من شمائل النبي ﷺأنه يكون في مهنة أهله[2]،فالجواب عن ذلك بسيط ،وهو أن فعله ﷺعلى وجه التطوع والإحسان وعمل البر الذي كان معروفا به ،لا على وجه الحتم انقيادا لهذه الفكرة،وإلا لكان ألزم أمته بذلك وهو أمر لم يثبث .

ب- تحميل الزوج ما هو فوق طاقته ،أو ما لا يلائم جبلته.لأن الكل ميسّر لما خلق له ،ولو قلبت المهام أدى ذلك إلى قلب الحقائق ،وهو أمر محال وما أدى إلى المحال محال .

البند الثاني: النفقة

أولا: حكمها

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول

أما الكتاب :فعمومات آيات النفقة، ووجه الدلالة منها واضح .

وأما السنة فقولهﷺ:(أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول [3]

وأما الإجماع :فقال ابن المنذر : "اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن" [1]

---

1 تفسير التحرير والتنوير الطاهر بن عاشور الدار التونسية للنشر ط1984 ج399/2 "

[2] البخاري كتاب الأذان باب من كان في حاجة أهله فأقيمت الصلاة فخرج رقم:676 ص110 .

[3] البخاري كتاب النفقات باب وجوب النفقة على الأهل والعيال رقم:5355 ص956 .

وأمّا المعقول : فلأن الزوجة محبوسة المنافع على زوجها في قول الحنفية والشافعي في القديم ، أو لتمكينها من نفسها بعد العقد الصحيح في قول الجمهور.[2] .

ثانيا: تقديرها

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الزوجين إذا كانا موسرين فللزوجة نفقة الموسرين ، وإن كانا معسرين فللزوجة نفقة المعسرين [3]، أما لو اختلفت حالة الزوجين يسارا أو إعسارا ، بأن كان الزوج موسرا والزوجة معسرة مثلا ، أو العكس ، ولم يتفقا على نفقة معينة ، فقد اختلف الفقهاء فيمن يراعى ويعتبر حاله في تقدير النفقة على ثلاثة أقوال :

1–الشافعية وبعض الحنفية[4] قالوا المعتبر حال الزوج يسارا وإعسارا لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾البقرة: 233 ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾الطلاق: 7

2– بعض الحنفية :المعتبر حال الزوجة لقوله تعالى:{وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } فإضافة الرزق والكسوة إلى الزوجات الوالدات فيه دلالة على أنّ المعتبر في تقديرها إنّما هو حال الزوجات دون الأزواج ، وعطف الكسوة على الرزق ليبين تساويهما ، ولما كان المعتبر في الكسوة حالة الزوجة ، فيكون المعتبر في الرزق حالها كذلك [5]..

ولقول النّبيّ ﷺلهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "[6]. فأسند رسول الله ﷺالكفاية إليها ، دون اعتبار لحال الزوج ، فدل هذا على أن المعتبر في تقدير النفقة مراعاة حال الزوجة دون حالة الزوج .

3– المالكية والحنابلة وبعض الحنفية المعتبر حالهما معا ،مستدلين بالأدلة التي وردت في اعتبار حال الزوج وحال الزوجة ،لأن القول باعتبار حالهما في تقدير النفقة أنسب ؛ إعمالا لظاهرهما وجمعا بينهما

---

1 المغني ج9 / 231 .

2 المبسوط ج181/5 ،مواهب الجليل ، ج217/4 ، المغني ج229/9

3 رد المحتار ج281/5 وحاشية الدسوقي 2 / 509 ،مواهب الجليل ج216/4 مغني المحتاج ج154/5 .

4 بدائع 4 / 24 ، ورد المحتار 2 / 645 ، 3 / 574 .روضة الطالبين 9 /40

5 رد المحتار ج281/5 .

6 البخاري كتاب الأحكام باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه حديث رقم:7161 ص1232 .

،ولأن القول باعتبار حال الزوجين معا فيه نظر ؛ لحال كل واحد منهما ، وهو أولى من اعتبار حال أحدهما دون الآخر.[1]

وهذا القول الذي تبناه المشرع الجزائري في م79من ق.أ:[يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين ؛وظروف المعاش ،ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم][2]

ويظهر تعسف الزوجة في حقها في النفقة بتحميل زوجها مالا يطيق ،خاصة إذا كان معسرا ،وهو ما يحمل الزوج على أحد أمرين :فإما أن يفارق زوجته بسبب كثرة مصاريفها ؛ وإما أن يرتكب في سبيل إرضاء زوجته ،مالا يجوز من الكسب؛ وهذا ماعناه الحديث الشريف الذي رواه عبد الله بن مسعودﷺ أن رسول الله قال : (يأتي على الناس زمان لا يسلم لذي دين دينه ؛إلا من فر من شاهق الى شاهق، أو من جحر الى جحر كالثعلب بأشباله , وذلك حين حلت العزبة , يكون في ذلك الزمان هلاك الرجل على يدي أبويه إن كان له أبوان , فان لم يكن له أبوان فعلى يدي زوجته وولده , فان لم تكن له زوجة ولا ولد فعلى يد الأقارب والجيران يعيرونه بضيق المعيشة , ويكلفونه ما لا يطيق حتى يورد نفسه الموارد التي يهلك فيها).[3]

الفرع الثالث : في الطوارئ

البند الأول: النشوز

أولا: تعريفه

1–شرعا:عند الحنفية: "خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق وعند المالكية والشافعية والحنابلة – : هو خروج الزوجة عن طاعة زوجها ،فهو عند الحنفية يكون في النكاح ، والعدة .فالأوّل أن تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله ، بغير إذنه وغابت أو سافرت ؛والنشوز في العدة أن تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها ، أو تخرج لمعنى من قِبلها .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة :" نشوز الزوجة يكون بمنعها زوجها من الوطء أو الاستمتاع – في المشهور – وخروجها بغير إذن زوجها لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه أو لا يحب خروجها إليه إلا لضرورة تكسب

---

[1] الشرح الكبير للدردير 2 / 508 – 509 ، والتاج والإكليل 4 / 183 .المغني 9 / 239 ، وكشاف القناع 5 / 460 (6) . فتح الباري 9 / 509.

2 ق.أ.ج.ر العدد15 ص21

3 العزلة للحافظ أبي سليمان الخطابي البستي ت:ياسين محمد السواس دار ابن كثير دمشق ط1410/2–1990 من حديث ابن مسعود نحوه وللبيهقي في الزهد نحوه في حديث أبي هريرة وكلاهما ضعيف كنز العمال ج 11 الحديث 31008

أو خوف ، أوبتركها حقوق الله تعالى كالغسل أو الصلاة أو صيام رمضان ، وبإغلاقها الباب دونه ، وبأن تخونه في نفسها أو ماله [1]، وهو حرام لما ورد في تعظيم حق الزوج على زوجته ووجوب طاعتها له فقد قال النبي ﷺ(إذا صلت المرأة خمسها ، وصامت شهرها ، وحفظت فرجها ، وأطاعت زوجها ، قيل لها : ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت) [2] (لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها)[3] ،وبما ورد من الوعيد الشديد في ذلك كقوله ﷺ (إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح)[4].

2–قانونا

ذكر ق.أ النشوز في م 55 :[عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر][5]وفي هذا النص القانوني جملة ملاحظات نوردها كالآتي:

أ– لم يبين القانون معنى النشوز ؛فكيف يحكم بباقي الإجراءات ،لأنّ الحكم على الشئ فرع عن تصوره ولا نستطيع أن نحكم على ما لم نحدد ماهيته .

ب–القانون ساوى بين نشوز الزوجة ونشوز الزوج وأعطاهما حكما واحدا ،بينما الحال أنّ لكل طريقته في المعالجة.

ت–عدم النصّ على الإجراءات الشرعية المتبعة في حالة نشوز الزوجة أو الزوج.

ث–الحكم بتدخل القاضي مباشرة في النّشوز ،مع أنّ النّشوز غالبا يكون بسبب مسائل عائلية حساسة جدا تتطلب التستر لا الإشهار في المحاكم .

ج–الحكم بالتعويض ليس عقوبة شرعية بل اجتهاد قضائي ،إلا أنه لا بد فيه من ذكر المستند ،وإلا كان تحكما ،خاصة أن الشرع لم يحكم بالتعويض في حالة النشوز .

وعليه نقترح على المشرع أن يعيد صياغة هذه المادة مستوعبا تعريفا لنشوز الزوج والزوجة ،محددا طرائق المعالجة على النحو التالي:[النشوز إما من الزوجة بالخروج من البيت أو ترك الطاعة ،فللزوج تأديبها

---

[1]حاشية الدسوقي م540/2 ، مغني المحتاج ج168/5 المغني ج295/9 .

2 مسند رقم:1661ج306/2 وقال المنذري : رواه الطبراني ورواة أحمد رواة الصحيح خلا ابن لهيعة ، وحديثه حسن في المتابعات (الترغيب والترهيب للحافظ عبد العظيم المنذري مكتبة المعارف الرياض ط1464/1 ج671/2.

3 البيهقي كتاب النكاح باب ما جاء في عظم حق الزوج ج291/7 والترمذي وقال حديث حسن غريب رقم1159ج453/2.

4البخاري كتاب النكاح باب إذا باتت المرأة مهاجرة رقم:5194 ص929 .

5 ق.أ.ج.ر م20/55.

بالطرق الشرعية ،ثم بالرفع للقاضي ،وإما من الزوج بإساءة معاملة زوجته؛ فللزوجة الصلح أو الرفع للقاضي طلبا للتطليق والتعويض].

ثانيا : أحكامه

ذهب جمهور الفقهاء : الحنفية والمالكية على المشهور والشافعية والحنابلة والشعبي وحماد والأوزاعي وأبو ثور إلى أن الناشز لا نفقة لها ولا سكنى ؛ لأن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها له .

وقال بعض المالكية : إن النفقة لا تسقط بالنشوز ، كما لا يسقط مهرها [1].

وللمالكية تفصيل في ذلك لأن الناشز إما أن تكون حاملا أو مرضعة بائنا أم لا ،أو حائلا أو رجعية وفي كل إما أن يكون نشوزها بمنع الوطء أو بالخروج بغير إذنه أو بترك طاعته ،فأما الحامل مطلقا والرجعية إن خرجت بلا إذن فلا تسقط نفقتها عند المالكية ،وفي الحائل خلاف والأظهر سقوطها قال خليل:"وسقطت إن أكلت معه ولها الامتناع أو منعت الوطء أو الاستمتاع أو خرجت بلا إذن ولم يقدر عليها أو بانت "[2]

المطلب الثاني : في موضوع الفرقة

الفرع الاول : في الخلع

الخلع حق للزوجة تقوم به حيث توافرت الدواعي ،ولكن ماذا لو كان الخلع بدون تلك البواعث ؟ أو كان بغير إذن الزوج ؟وقبل الإجابة على ذلك لا بد من التطرق إلى مشروعيته شرعا وقانونا.

البند الاول : مشروعيته :

الخلع جائز عند جميع الفقهاء إلاّ ما نقل عن عبد الله المزني الذي قال بعدم جوازه ودليله قوله تعالى "وإن خفتم ألا يقيم حدود الله فلا جناح عليهم فيما افتدت به "

روى البخاري عبد الله بن عباس قال "جائت امرأة قيس بن شماس إلى الرّسول الله ﷺفقالت يارسول الله إني لأعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله:أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[3].

---

1 رد المحتار ج289/5 ، مواهب الجليل ج224/4 ،مغني المحتاج ج168/5 ، المغني ج295/9.

2 مختصر خليل ص2164 .

3 البخاري كتاب الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه رقم:5273 ص943 .

يقول الإمام الطبري في رده على عبد الله المزيني . إجماع الجميع من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على تخطئته وإجازته أخذالفدية من المفتدية نفسها لزوجها ، وفي ذلك الكفاية عن الإستشهاد وعلى خطئه لأنه ادعى بفسخ هذه الشروعية يقول تعالى: {فلا تأخذوا منه شيئا} [1].

وقال أبو قلابة والحسن البصري "لا يحل للرجل الخلع حتى يشاهدها تزني ، وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا،وقال داود بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وقال النعمان يجوز الخلع مع الإضرار" [2]

أمّا من الناحية القانونية فنلاحظ توسع المشرع في الخلع في م54حيث جوزت للمرأة أن تخلع نفسها ولوبغير موافقة الزوج[يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي] ..

لكن هناك خلاف هل هو تطليق بإرادة الزوجة في مقابل البدل أم هو باتفاق الطرفين ذهب المشرع إلى الثاني ففي الفقرة الثانية من م54 [إذا لم يتفق الزوجان على مقابل مالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم بها] [3] فالمشرع ركز على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على مال كبدل للزوج وإلا بأن لم يتفق الزوجان، فإنّ الأمر يرجع إلى القاضي الذي يحدد البدل نقدا ؛على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل .أما المحكمة العليا فلم تستقر سابقا على اجتهاد مجمع عليه فمن قائل أنه حق للزوجة ومن قائل إنّه باتفاق الزوجين ...لكن تغير الاجتهاد القضائي وأوضحت أنّ الخلع إنما هو حق للزوجة فلقد قضت المحكمة العليا :[من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شئ يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم] [4].وعليه فإنّ تعسف الزوجة في الخلع يظهر في أمرين هما الخلع بلا سبب والخلع بلا إذن الزوج.

أولا: الخلع بلا سبب

إنّ جواز الإختلاع إنما يكون إذا كرهت المرأة الرجل لخلقه او دينه أو كبره أو ضعفه ؛وخشيت ألاّ تؤدي حق الله في طاعته، فإن كان الخلع لغير تلك الأسباب فهل يصح أم لا ؟في المسألة قولان .

1–يصح وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي واحتجوا بقوله تعالى:

﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ النساء: 4، ووجه الدلالة أنه إذا حل له أن يمتلك ما

---

1 المغني ج174/8.

2 بداية المجتهد ج55/2.

3 ق.أ.ج.ر ع15 ، ص 22

4 قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ص110الغوثي بن ملحة ديوان المطبوعات الجامعية ط2008.

طابت به نفسها من غير أن يملكها به بضعها ، فأولى أن يحل له إذا ملكها به بضعها ، ولأنّ كل عقد صح مع الكراهة فأولى أن يصح مع الرضا ،كسائر العقود من البيوع وغيرها .

2–أنّ الخلع لا يصح وهو قول أحمد وداود وحكي عن الزهري وعطاء والنخعي قال ابن المنذر وروي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم واحتجوا ب:

أ–الكتاب :قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 229 ، ووجه الدلالة أن الآية دلت على فساد هذا الخلع من ثلاثة أوجه : أحدهما : تحريم الخلع إلا مع الخوف . والثاني لحوق الجناح مع ارتفاع الخوف. والثالث : التغليظ بالوعيد في تعدّي الحدود.

ب–السنة:قول رسول اللهﷺ: (المختلعات والمنتزعات من المنافقات)[1].

وقوله ﷺقال: (أيّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس لم تجد رائحة الجنة أو قال حرم الله عليها أن تجد رائحة الجنة)[2] ووجه الدلالة من الحديثين تحريم المخالعة لغير حاجة بسبب ما فيه من إزالة مصالح النكاح وإضرار الأسرة بلا حاجة وذلك محرَّم .

ت–المعقول:إنّ المرأة سريعة الغضب ،ولو جوزنا الخلع بلا سبب ،لاختلعت النّساء من أزواجهنّ بغير حساب ،فتكون العصمة بأيديهنّ، وهو ما يؤدّي إلى خراب الأسرة والمجتمع لما تقدم من أنّ المرأة سريعة الانفلات العاطفي ولا يمكنها إدارة دفة الحياة الأسرية لأسباب فطرية محضة.

مناقشة وترجيح :

قال ابن المنذر مناقشا دليل الجمهور :لا يلزم من الجواز في غير عقدٍ الجوازُ في المعاوضة ، بدليل الربا حرَّمه الله تعالى في العقد وأباحه في الهبة ، والحجة مع من حرّمه ،وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار.

أما دليل الفريق الثاني فاستدلالهم بالمفهوم صحيح ،خاصّة أنّه مفهوم الشرط ،أي فإن لم يكن خوف فالجناح أي المؤاخذة ثابتة والمفهوم حجة عند الجمهور[1] لكن قد قرأ حمزة : " إلا أن يُخافا ألا يقيما حدود

---

2 رواه الخمسة إلا النسائي ، الترمذي أبواب الطلاق واللعان باب ماجاء في المختلعات رقم:1186 والحديث رجاله رجال صحيح إلا حسن بن ربيعة فقد وثقه الثوري وشعبه وفيه ضعف.ج478/2

2 الترمذي أبواب الطلاق واللعان باب ما جاء في المختلعات رقم:1187 ج478/2 وقال هذا حديث غريب من هذا الوجه وليس إسناده بالقوي .

الله " . بضم الياء ، ويكون معناه إلا أن يخاف الحاكم ألا يقيما حدود الله تعالى ، هذه القراءة تسقط أن يكون خوف الزوجين شرطا في جواز الخلع . وقرأ جماعة القراء (إلا أن يخافا) بفتح الياء إشارة إلى الزوجين ، فعلى هذا يكون ذلك معدولا به عن الشرط الظاهر إلى أحد أمرين : إما لورودها على سبب من الخوف ، وإن كان حكمها عاما ، وإما على الأغلب من الخلع فإنه لا يكون إلا عن خوف ، وإن جاز في حال نادرة ليس معها خوف ، وإن كانت هذه النادرة لابد أن يقترن بها خوف ، وإن قل ، لأن المرأة لا تبذل مالها لافتداء نفسها وهي راغبة .

أمّا الحديثان فقد ذكرنا مافيهما ،وذلك لا ينزلهما عن رتبة الاحتجاج مع وجود العاضد من أحاديث في المعنى ، ويدعم هذا أنّ أوّل خلع وقع في الإسلام كان على سبب معين ،في قصة امرأة ثابت بن قيس حينما قالت :"ولكني أكره الكفر في الإسلام "

وعليه يترجح القول الثاني القائل أنّ الخلع لا يصح إلا لسبب ممّا تقدم ذكره ،لصحة الأدلة التي احتجوا بها ولأنّ هذا القول أنسب لمقاصد الزواج والأسرة والمجتمع . وخاصة أنّ تمام الآية يحسم هذا المعنى وهو قوله تعالى:{ ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون }،،فقد تلت التقرير السابق وهو شرط الخلع ، فالخلع له حدوده وشروطه ومن يتعداها فقد ظلم نفسه.

أمّا المشرع فلم يتكلم عن هذه الحالة بل إنّ الظاهر من المادة المتقدمة أنّه جوز الخلع بالإطلاق وممّا يؤكد ذلك أنّ الاجتهاد القضائي جعل ذلك مجرّد رخصة ،ففي قضية أخرى جاء في حكم :[الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوجة طبقوا القانون الصحيح ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن][2].

ثانيا : الخلع بلا إذن الزوج

إنّ الخلع نوع من الطلاق ومعلوم أن الزوج هو الذي يوقعه ، فإذا لم يرض بالخلع فلا يصح إلاّ إذا أثبتت الزوجة أنه ضارّها فإنّ القاضي يجبره على قبول الخلع أو يطلقها عليه.

قال ابن حزم :فلها أن تفتدي منه ويطلّقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي ،إنما يجوز بتراضيهما ،ولا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين ،أو باجتماعهما ،فإن وقع بغيرهما فهو باطل ويرد

---

[1] جمع الجوامع ص24 .

2 م.ق ملف رقم 216239-قرار في 1999/03/16- ع 2001-ص138

عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ،ويبطل طلاقه "[1] فقد جزم ابن حزم ببطلان الخلع دون رضا الزوج.

أمّا القانون فقد نصت م 54 قا.أ على أنه:[يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي]، وعلى هذا الأساس فإن الخلع لم يصبح عقدا بين الزوجين بمقتضاه تعرض الزوجة على زوجها عوضا مقابل طلاقها، وبقبول الزوج لهذا الطلب يقع الخلع بل أصبح عقدا منفردا تقوم به الزوجة بلا إذن الزوج ،وبما أن نص م 54 قا.أ قبل التعديل كان يشوبه بعض الغموض ؛ مما أدى إلى وجود نوع من التناقض بين النص على أنه:[من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج] ، في حين قررت بالنص على أنه:[من المقرر قانونا بأنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون موافقته][2] .

البند الثاني :إشكالات المادّة 54

أولا: من حيث التشريع

أول ما يلاحظ على المادة 54 أنها تطرقت إلى موضوع الخلع بهذه الصفة الخطيرة دون أية مقدمات، فلم تعرّف الخلع ولم تتطرق إلى بعض أحكامه ؛ بل شرعت فيه مباشرة بذكر الخلع دون موافقة الزوج ،وهذا يدل على أنّ هذه المادة بالذات بمثابة مسكن أو مهدأ اقترحه المشرع لمعالجة المشاكل الأسرية ،خاصة ما يتعلق باضطهاد المرأة في زعم الجمعيات النسوية التي تركت بصمتها على تشريع خطير كهذا.

والثانية أنّ فيه تشريع لطلاق المرأة ؛ وجعل العصمة بيدها ،إذ المعلوم أن الطلاق بيد الرجل لصفات معينة ،و هذه المادة تناقض هذا الأصل حيث أن الخلع بغير إذن الزوج مماثل للطلاق الذي لا يتوقف على إذن ،وهذا فيه قلب للموازين الإجتماعية والفطرية ،ولا يخفى ما ينجر عن ذلك من آثار وخيمة.

والثالثة أن ق.أ، تناول في م 53 [التطليق للضرر][3]،وجعل ذلك لأسباب محددة والخلع على القول الصحيح لا يكون إلا لخوف أو كره فهو داخل في أسباب التطليق خاصة في السبب الثامن الشقاق المستمر بين الزوجين أو في السبب العاشر كل ضرر معتبر شرعا ،وعليه فإنّ الخلع في فلسفة المشرع هو مجرد رخصة أو تنزه أو استرواح بيد المرأة ،لأنه لو كان لأسباب معلومة فهي مندرجة في أسباب التطليق ،فاتضح أنّ ذلك هدية من المشرع للمرأة ،لكن هل كان ذلك بناء على دراسة أو تروّ وبعد نظر أم هو مجرد ارتجال

---

1 المحلى لابن حزم ج10ص235 .

2 ق.أ.ج.ر العدد 15 ،ص22

3 ق.أ.ج.ر رقم84 ص22 العدد،15

استجابة لضغوطات ،وامتصاصا لغضوبات ؟والواضح هو الثاني ،لأنه لو كان الأمر نابعا من دراسة حقيقية لعقلية النساء الجزائريات ونفسياتهنّ لكان المشرع تريث كثيرا قبل أن يشرع هذه المادة ،وهنا لا بد أن نستعرض بعض الخصائص النفسية للمرأة الجزائرية ثم نقرر مدى انسجام م 54 معها من عدمه، وهذه الخصائص فطرية أو كسبية .

1-الخصائص الفطرية :أي ما جبلت عليه المرأة الجزائرية وهذه الخصال هي:

أ-الغضب:فالمرأة الجزائرية بركان قابل للنشاط في أي لحظة ،إذا وجدت أسباب نشاطه .

ب-الأنفة :فالمرأة الجزائرية ذات أنفة وشموخ ، وتفتخر بعزتها وعنفوانها ،ولا تقبل التفريط في ذلك لذا فهي بسبب هذا الوازع لا تستطيع الرجوع إلى الوراء أو التنازل،بل تستمر في غيها انتقاما لكرامة جُرحت أو لعزة خُفرت ،حتى تنتصر أو تهلك دون ذلك .

ت-الغيرة المفرطة التي تخرج عن حد العدل إلى الطرف الرذل ، وتحمل صاحبها عن القصد إلى مجاوزة الحد ، فالمرأة الجزائرية لا يهدأ لها بال حتى تحقق ما حققته مثيلاتها من النساء ،لأن غيرتها تحملها على المنافسة ولو في أتفه الأشياء ،لذا نجد أن الكثير من قضايا الخلع إنما سببه هذا العامل .

2-الخصائص الكسبية:أي ما اكتسبنه المرأة الجزائرية من امتيازات وحقوق حصلت بتطور التشريعات ،وفتح المجالات ،وأهم تلك الخصائص هي :

أ-اقتحام المرأة عالم الشغل ،هذا الأمر الذي انتشل المرأة من مركز الضعف إلى القوة ،ومن وضعية المحبوسة في البيت إلى وضعية المحررة ،ومن صفة الصمت إلى صفة صنع القرار والانفراد به .

ب-منافسة الرجل في ميادين السياسة والإقتصاد والرياضة تحت شعار المساواة ،مما أكسب المرأة عقلية المزاحمة في كل المجالات ، ومحاولة فرض الرأي وإبراز الشخصية وترك الأثر، مما غيّب في كثير من الأحيان شخصية الرجل في العديد من المحافل .

هذه الميزات جعلت المرأة مثلها كمثل قنبلة موقوتة ،والأجدر في التعامل مع هذه القنبلة هو إزالة الفتيل ،وإبعاد كل سبب يؤدي إلى الانفجار ،هذا هو المنطق والعقل ،لكن لم يحسن بعض الناس التصرف فارتكبوا العكس وأشعلو الفتيل وصبوا الزيت على النار فوقعت الواقعة وامتلأت المحاكم بقضايا الخلع كما سنذكره في آثار م 54 ، ممّا يجعلنا نجزم أنّ التشريع ليس وضع النصوص فقط ،بل هو دراسة متأنية للخصوصيات والنفسيات ، هو النّظر في الغايات و المآلات ،هو ضمان تحقيق المصالح والمناسبات.

ثانيا: من حيث الآثار

اعتبر مسؤولون بوزارة العدل أن حالات الخلع ارتفعت إلى 3500 حالة سنة 2007، وهو ارتفاع محسوس، ففي السنوات الأخيرة الممتدة بين 2004 و2006 تم تسجيل 3460 حالة، فبينما سجلت 813 حالة سنة 2004 قفزت إلى 1477 واحدة في 2006. وهذا من أصل 300 ألف عقد زواج.

سنة 2010 وصفها الختصون بسنة الزلزال الأسري، فقد بلغت قضايا الطلاق 50 ألف قضية ، وهو ما لم تسجله الجزائر خلال 30 سنة أعقبت الاستقلال ،حيث أن 11 ألف امرأة طلبت الانفصال عن زوجها في المحاكم عن طريق الخلع والتطليق وأصبح 100 ألف طفل ضحية التشرد وانفصال الولدين ، كما ارتفع الخلع خلال أربع سنوات الماضية التي سجلت أزيد من 15 ألف قضية بوتيرة متزايدة ، حيث ارتفعت من 2466 حالة سنة 2007 إلى 5628 سنة 2010 .

كما ارتفعت أيضا نسب التطليق بإرادة من المرأة من 2721 سنة 2007 إلى 5135 سنة 2010 وبيّن المختصون أنّ المرأة هي السبب الرئيسي في الكثير من حالات الطلاق لافتقادها لحسن المعاشرة الزوجية ، وكونها واثقة في نفسها وتعرف حقوقها أكثر من أي وقت مضى ، إلا أنّها في السابق ، كانت تحتمل الظلم والقهر من أجل أبنائها ، وكانت تفضل الموت على الطلاق ، أما اليوم فتخلع المرأة زوجها لأتفه الأسباب ، وإنّ قانون الأسرة الحالي شجع على ارتفاع معدلات الخلع لعدم اشتراطه موافقة الزوج على طلب الخلع لأنّ الرجل الجزائري لم يتزوج لكي يطلق[1].

إذًا هذا ما أفرزته م54،وهذا هو الإنجاز العظيم الذي أرادت الجمعيات النسوية تحقيقه ،تفكك أسري ،تشرد الأطفال ،العزوف عن الزواج خوفا من الخلع وطلب التطليق ،نعم إنّه إنجاز عظيم لكنّه لا في صالح المرأة التي أصبحت بلا معيل ولا أنيس بعد الخلع والطلاق ، ولا الرجل الذي أصبح مشرّدا بلا زوجة يسكن إليها ، ولا الأولاد الذين فقدوا دفئ الوالدين ، ولا الأسرة ولا المجتمع.

الفرع الثاني : في طلاق التفويض

البند الأول: مفهومه

أولا: تعريفه

1–لغة: التفويض لغة مصدر فوَّضت إلى فلان الأمر أي صيرته إليه وجعلته الحاكم فيه[2] .

1نقلا عن موقع الجزائر نيوز 2011/02/28

2 لسان العرب ،باب الفاء م5 ج39 ، معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير د.رجب عبد الجواد إبراهيم كتاب الفاء 235 دار الآفاق العربية ط1/1433-2002

2–اصطلاحا :له عدة استعمالات ففي باب النكاح . يقال : فوضت المرأة نكاحها إلى الزوج حتى تزوجها من غير مهر ، وقيل : فوضت أي أهملت حكم المهر .

وهو في باب الطلاق : "جعل أمر طلاق الزوجة بيدها "

وقد اتفق الفقهاء على جواز تفويض الطلاق للزوجة[1]،لحديث عائشة عن الخيرة قالت :خيّرنا رسول الله ﷺأفكان طلاقا ؟قال مسروق لا أبالي أخيّرتها واحدة أومائة بعد أن تختارني[2] .

ثانيا: أقسامه

أمّا الحنفية والشافعية والحنابلة فلا يقسّمون التفويض بل يعتبرونه قسيما للتوكيل والتخيير تحت مسمى الإنابة في الطلاق ،والتفويض عندهم تمليك للطلاق؛ لذا قال الحنفية لا يصح رجوع الزوج عنه ، وأما الحنابلة ففرقوا بين صيغ التفويض ، فجعلوا صيغتين " أمرك بيدك " ، " وطلقي نفسك " من التوكيل ، فيكون لها على التراخي ما لم يفسخ أو يطأ ، وجعلوا صيغة " اختاري " من خيار التمليك ، فهو لها على الفور إلا أن يجعله لها على التراخي " [3].

أما المالكية فقد جعلوه ثلاثة أنواع وقيل أربعة بزيادة الإرسال قال خليل:"إن فوضه لها توكيلا فله العزل إلا لتعلق حق لا تخييرا أو تمليكا "[4] وهذه الأنواع هي :

1–تفويض توكيل:هو كل لفظ دل على إنشاء الطلاق بيد الغير مع بقاء حق الزوج في المنع من إيقاعه ،كقوله لها أمرك بيدك توكيلا .

2–تفويض تخيير:وهو كل لفظ دل على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة أو الخروج منها. كقوله لها : اختاريني أو اختاري نفسك، فيقع طلاقها ثلاثا إن اختارت الفراق ، فإن قالت اخترت واحدة أو اثنتين لم يكن لها إلا أن يخيرّها في طلقة واحدة أو طلقتين خاصة فتوقعها.

3–تفويض تمليك: كل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها أو بيد غيرها دون تخيير. كقوله لها : "أمرك بيدك، فلها أن توقع من الطلقات ما جعل بيدها من طلقة واحدة أو أكثر ، وله أن يناكرها فيما زاد على الطلقة الواحدة إذا أطلق .

---

1 الدر المحتار ج551/4 ، حاشية الدسوقي م638/2 ، مغني المحتاج3 / 285 ، المغني لابن قدامة ج296/8 .

2 البخاري كتاب الطلاق باب من خيّر أزواجه رقم:5262 ص939 .

3 رد المحتار ج574/4 ، ومغني المحتاج ج377/3 ، وكشاف القناع 5 / 257 .

4 مختصر خليل ص142.

والفرق بين التوكيل وغيره أنّ الوكيل يفعل ذلك على سبيل النيابة عمَّن وكله والمملك والمخير إنّما يفعلان ذلك عن نفسهما لأنهما ملكا ما كان يملكه الزوج ،وأمّا الفرق بين التخيير والتمليك فقيل أمر عرفي أي أنّ التمليك إعطاء ما لم يكن حاصلا فلذلك للزوج أن يناكرها لأنّ الأصل بقاء ملكه بيده فلا يلزمه إلاّ مااعترف بأنّه أعطاه وأمّا التخيير فهو أنّ الزوج فوض إليها البقاء على العصمة والذهاب عنها، وذلك إذا حصلت على حال لا يبقى للزوج عليها حكم، وإنّما يكون ذلك بعد الدخول في إيقاع الثلاث [1] .

البند الثاني: صور التعسف فيه

أولا: التطليق لغير مبرر

إذا فوض الزوج الطلاق لزوجته ،فإنّ الطلاق في هذه الحالة يصبح بيد المرأة حقا لها ،فإذا أوقعت الطلاق بغير سبب يدعو لذلك فإنّها تكون متعسفة وهذه كمسألة طلب المرأة الطلاق بغير سبب ،وهو حرام كما قدمنا لحديث النبيﷺ:(أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غبر ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة) [2]، أما من حيث الوقوع فهو واقع لكن عليها الإثم لتطليقها نفسه بغير مبرر.

أما قانونا فلم يتطرق ق.أ لطلاق التفويض ،إلا أنه تعرض لطلب المرأة الطلاق لأسباب معينةفي م35معدلة ،ولم يجعل منها طلاق التفويض لجهل الكثير من الناس بهذا النوع من الطلاق .

ثانيا: إيقاع أكثر ما فوضت فيه

قد توقع الزوجة الطلاق في التفويض بأكثر مما فوضت فيه ؛و صيغة التفويض إمّا أن تكون مطلقة ، أو تكون مقيدة بزمن معين ، أو تكون بصيغة تعم جميع الأوقات .

1- صيغة التفويض المطلقة : جمهور الفقهاء على أن حق الطلاق للمرأة مقيد بمجلس علمها وإن طال ، ما لم تبدل مجلسها حقيقة كقيامها عنه ، أو حكما بأن تعمل ما يقطعه مما يدل على الإعراض عنه

2- صيغة التفويض التي تعم جميع الأوقات :يكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت ولا يتقيد بالمجلس ، وقيَّده المالكية بعدم وقفها عند الحاكم لتطلق أو تسقط التمليك ، أو يكون منها ما يدل على إسقاطه ، كأن تمكنه من الاستمتاع بها ، وذلك لأنهم يقولون بوجوب التفريق بين الزوجين في حالة التفويض حتى تجيب بما يقتضي ردا أو أخذا ، وإلا لأدى إلى الاستمتاع في عصمة مشكوك في بقائها وهذا في تفويض التمليك والتخيير دون التوكيل لقدرة الزوج على عزلها .

---

[1] مواهب الجليل ج4/108 .

2 ابلترمذي كتاب الطلاق باب ماجاء في المختلعات رقم1187وقال هذا حديث حسن .

3– صيغة التفويض المقيدة بزمن معين ، فإنه يستمر حق تطليق نفسها إلى أن ينتهي هذا الزمن ، ولا يبطل التفويض المؤقت بانتهاء المجلس ولا بالإعراض عنه .

وعند المالكية يستمر ما لم توقف عند الحاكم أو يكن منها ما يدل على إسقاطه .

ففي التخيير المطلق لا يمكنه أن يناكرها في الزائد على الواحدة، أما التوكيل –إن لم يدخل بها –فله أن يمنعها من أكثر من واحدة وكذا إن كان التفويض تمليكا دخل بها أم لا لكن بشروط هي:

أ–نية دون الثلاث

ب–المبادرة للإنكار .

ت–الحلف على نيته .

ث–عدم الدخول بها في التخيير وإلا وقعت الثلاث .

ج–ألا يكرر التفويض بقوله أمرها بيدها إلا أن ينوي التأكيد .

ح–ألا يشترط في العقد

والدليل على ذلك ما رواه مالك في الموطأ "عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت :أنت الطلاق ،فسكت ثم قالت أنت الطلاق ،فقال بفيك الحجر ،ثم قالت :أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ،فاختصما غلى مروان بن الحكم فاستحلفه ما ملكها إلا واحدة وردها إليه قال مالك :قال عبد الرحمان فكان القاسم يعجبه هذا القضاء ،ويراه أحسن ما سمع في ذلك ،قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك وأحبه إلي"[1]. ووجه الدلالة من ذلك هو أن المرأة اختارت ثلاثا في التمليك ،والزوج لم ينو إلا واحدة فقضي له عليها .

---

1 الموطأ كتاب الطلاق باب ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك حديث رقم:1180ص393.

الفصل الثاني

التعسف من غير الزوجين

المبحث الأول: من الأبوين

المطلب الأول: :سلطة الأبوين على الزوجين

المطلب الثاني :في فك الرابطة الزوجية

المبحث الثاني :من الحكمين

المطلب الأول :في انعدام شروط الحكمين

المطلب الثاني :في تعدي وظيفتهما

المبحث الثالث:من القاضي

المطلب الأول:السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

المطلب الثاني:صور تعسف القاضي

الفصل الثاني: التعسف من غير الزوجين

المبحث الأول : من الأبوين

ما زال مجتمعنا الجزائري محافظا متماسكا رغم الهزات الكثيرة التي يتعرض لها،ومن مظاهر تماسكه اجتماع الأسرة النووية مع الأسرة الممتدة في سكنى واحدة ،وخضوع الجميع للسلطة الأبوية ،الآمرة الناهية ،وفي هذا من الإيجابية ما لا يخفى ،إلا أنّ ذلك قد يكون فيه بعض الإفراط الذي يخرج عن حد الاعتدال إلى سلطة قهرية مستبدة ،لا يقاومها أحد فيسبب نوعا من الإشراف المباشر على كل التفاصيل حتى في الحياة الزوجية للأبناء ،ممّا يوقع تصادما بين الزوجة ووالدي زوجها ،الأمر الذي يجعلها عرضة لتعسفهما ،لذا وجب بيان حدود وضوابط السلطة الأبوية على الأبناء في الحياة الزوجية وانحلالها. خاصة أنّ تدخل الأهل في الحياة الزوجية من الأسباب الرئيسية المؤدية إلى الطلاق في المنطقة العربية بناء على نتائج الدراسات الاجتماعية العديدة في هذا المجال، مع اختلاف من حيث ترتيب هذا السبب في التأدية للطلاق.

فقد اعتبر أنّه المسبب الأول والرئيسي للطلاق في الأردن كما جاء في التقرير الاحصائي السنوي لدائرة قاضي القضاة لعام 2001 . بينما كان في المرتبة الثانية من مسببات الطلاق وفقا لدراسة اجتماعية أعدّت في جامعة الملك سعود بالرياض . وفي دراسة أخرى عن (قضايا الزواج في الكويت 2002) بوزارة الشؤون الاجتماعية بالكويت، تبين أن "تدخل الأهل" هو في المرتبة الثالثة من مسببات الطلاق. ولقد أشارت دراسة احصائية لحالات الطلاق، قدمها صندوق الزواج عام 2000، أن 66.2% من حالات الطلاق كان بسبب "تدخل الاهل". وذهبت بعض الدراسات التي طرحت (300) سؤالا على مطلق ومطلقة في منطقة الخليج حول أسباب طلاقهم فكان "تدخل الأهل" في شؤون الزوجين وقراراتهما في المرتبة الثانية بنسبة [22.4 %]. بينما أظهرت دراسة تحليلية أخرى لـ 440 حالة زواج من أجنبيات عام 2001 عن أسباب ارتباطهم بأجنبية فأجابت 112 حالة من الذين تزوجوا من أجنبيات أنه هروباً من تدخل الأهل في حياتهم الزوجية. ولقد أشارت نتائج الدراسة الإحصائية التي أعدت في المحكمة الشرعية السنية في بيروت عام 2003 أن "تدخل الأهل" في الحياة الزوجية يعتبر السبب الرئيسي الثالث من الأسباب المؤدية إلى الطلاق، هذا ولا توجد إحصائيات رسمية عن ذلك في الجزائر حسب علمنا[1].

والبر في اللغة : "الخير والفضل والصدق والطاعة والصلاح " [2]

---

[1] نقلا عن موقع الجزائر نيوزwww.news.com

2 لسان العرب ، م1 باب الباء ج253/4 .

وفي الاصطلاح : يطلق في الأغلب على الإحسان بالقول اللين اللطيف الدال على الرفق والمحبة ، والمعاشرة بالمعروف . أي بكل ما عرف من الشرع جوازه ، فيطيعهما في فعل جميع ما يأمرانه به ، من واجب أو مندوب ، وفي ترك ما لا ضرر عليه في تركه .

قال ابن عباس : "يريد البر بهما مع اللطف ولين الجانب ، فلا يغلظ لهما في الجواب ، ولا يحد النّظر إليهما ، ولا يرفع صوته عليهما "[1].

قال ابن المنذر:"والأبوان هما الأب والأم ، ويشمل الأجداد، والجدات فلا يغزو المرء إلا بإذنهم ، ولا أعلم دلالة توجب ذلك لغيرهم من الإخوة وسائر القرابات [2] [3].

وقد اتفق الفقهاء على وجوب طاعة الولد لوالديه في غير معصية ؛لكن ماهي حدود الطاعة ؟ هل تستمر على الولد إذا أصبح زوجا فيطيع والديه في جوانب الحياة الزوجية؟ هذا ما سنعرضه عبر هذا المطلب

المطلب الأول: سلطة الأبوين على الزوجين

الفرع الأول:على الزوج

البند الأول:طاعتهما في شؤون الزوجية

برّ الوالدين ممّا عظمه الشرع وأوجبه في كل الحالات إلا في معصية ،فلا ينقطع البر ،سواء تزوج الابن أم لا وسواء كبر في السن ،أو تعلم وتثقف أم لا ،،حتى في حياته الزوجية فإن طاعة الأبوين واجبة والدليل هو أنّ آيات البر بالوالدين عامة وعمومها في الأشخاص يستلزم عموم الأحوال والأزمنة والبقاع .ولا مخصص لهذه النصوص ،فتبقى على عمومها ،خاصة إذا وجدنا مايدعم ذلك من نصوص أخرى كما سنعرض له، إلا أنّ الكثير من الأبناء يعتقدون أنهم أكثر علما وثقافة من آبائهم ، ويعتبرون أي تدخل أمرا مرفوضا، فينشأ الخلاف الشديد الذي يكاد يعصف بكثير من البيوت،وقد أثبت دراسة أن لتحكم الأهل في حياة أبنائهم الزوجية تأثير سلبي كبير ويزيد حياتهم تعقيدا وقد يصل بهما إلى الطلاق , ففي إحصائية رسمية للجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء في مصر أظهرت " أن 42% من هذه أسباب الطلاق ترجع إلى ضيقِ ذات يد الرجل وتدخل الأهل في حياته الزوجية كسببٍ ثانٍ ورئيسي بنسبة 25% , ووقعت 6.5% من حالات الطلاق بسبب تحريض أهل الزوج و5.3% لتحريض أهل الزوجة " ، وفي دراسة عن "قضايا

1 الفواكه الدواني 2 / 382 – 383 ، الزواجر عن اقترف الكبائر 2 / 66 ط دار المعرفة ببيروت

2 حاشية ابن عابدين 3 / 220 ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 3 / 242 .

3 الجامع لأحكام القرآن ج241/10.

الزواج في الكويت" جاء تدخل الأهل من ضمن هذه الأسباب بنسبة 36%،[1] وبيان هذا الأمر يتطلب فهم شيئين هما:

أولا:قيود الطاعة

الطاعة المطلقة لا تكون إلا لله ورسولهﷺ, فلا يوجد انقياد كامل ولا تسليم مطلق إلا لأوامر الله وسنّة رسوله , أما ما دونهما فكل أوامرهم تخضع لموازين الشرع وقواعد العرف وضوابط المصالح والمفاسد , وذلك مع الاعتبار الكامل لحقوق الوالدين ووجوب برهما وحسن معاملتهما،وبناء على هذا ،فإن ما يأمر به الأبوان ابنهما في ما يتعلق بشؤون الزوجية لا يخلو من ثلاث حالات :

أ–الأمر بالطاعات : ،فهذا لا شك أنه يجب عليه طاعتهما ،ولو في أموره الأسرية .

ب–الأمر بما هو من الأعراف ومحاسن العادات التي لا تصادم نصا ،ولا تؤدي لمفسدة،وهذا القسم يلحق بسابقه ،لأن القرآن أمر بذلك في قوله ﴿ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ ﴾ الأعراف: 199

ت–أن يأمراه بالمعصية المتفق على أنها معصية فليس عليه أن يطيعهما ،إلا أنه لا بد أن يصاحبهما بمعروف ،فلا يحمله أمرهما له بالمعصية على عقوقهما ، وعليه فقيود طاعتهما ما يلي:

1–أن تكون طاعتهما في طاعة الله تعالى ورسوله ﷺلحديث:(لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق)[2].

2–أن لا تؤدي طاعتهما إلى مفاسد ومضار للأسرة في الحال أو المستقبل ،حتى ولو كان أصل أوامرهما مشروعا ،لأن المدار في سائر التصرفات هو وجود المصلحة ودرء المفسدة حالا ومآلا.

3–ألا تكون أوامر الوالدين خارجة عن حدود الطاقة والمقدرة ،لأنه حرج مرفوع عن الأمة ،فلا يجوز لأحد أن يتجاسر على الأمر بالمحال ولو كان الوالدان ،فلم يأمر النبي ﷺ–وهو ممن تجب طاعته طاعة مطلقة –بما فيه حرج ومشقة بل كان يتجنب ذلك ،ويرفعه عن الأمة ،كما في حديث السواك::(لولا ان أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل وضوء)[3].

4–أن يكون قصد الوالدين بتلك الأوامر صحيحا ،فلا يجوز لهما أن يقصدا بأوامرهما قصدا لا يرتضيه الشرع لحديث : (الأعمال بالنيات)[4] ،أي أن الأعمال لا تقبل ولا تعتبر إلا بالنيات .

ثانيا: الموازنة بين الحقوق والواجبات

---

1 نقلا عن موقع : http://www.muslema.com/muslema/article

2الترمذي وقال حديث حسن صحيح رقم1707 ج261/3. .

3 الموطأ كتاب الطهارة باب ما جاء في السواك رقم:147 ص58 .

4 البخاري كتاب الوحي باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺرقم:1 ص1 .

عند فقد التوازن بين الحقوق والواجبات تنشأ المشكلات الاجتماعية, فما من حق إلا ويقابله واجب , والبعض قد يغالي في المطالبة بحقه ،ويهمل الواجب عليه ,وهذا تطفيف منهي عنه، فالأبوان والأبناء لهم وعليهم حقوق وواجبات ،فالأم لها بواعث نفسية للتحكم في حياة ابنها وإرادة الاستئثار به ، لأنها الوالدة والمرضعة والحاضنة ، وفجأة تزاحمها امرأة أخرى،مما يجعل الأم تعتبر ذلك انتقاصا من حقوقها عند ولدها , فتحاول استعادة مكانتها وإبراز قيمتها بالتدخل المباشر في حياته الزوجية ، وللزوجة أيضا حاجتها النفسية التي يجب تفهمها والتعامل معها , وهي أنها تطالب بحقها أن يكون زوجها رجلا كامل الرجولة ،مستقل القرار ، مما يوقع الزوج في صدام الأهواء والأمزجة .

البند الثاني: تفضيلهما على الزوجة

الهدي الأكمل أن يوازن الولد بين محبة والديه وبرهما وبين محبة زوجته وحسن عشرتها ، لكن هذا الحد من الاعتدال والتوسط قليل من الناس من يتقنه ، فالناس إما إلى إفراط أو تفريط ، وهذا هو محل كلامنا أي في حالة الميل بالغلو أو الفتور ،فتفضيل الوالدين على الزوجة ليس كتفضيلها عليهما فشتّان بين الأمرين لأن الأول مستند إلى نصوص كثيرة ؛ بل إن الله قرن إحسان الوالدين بتوحيده في قوله تعالى:﴿ **وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا** ﴾الإسراء: 23 لأنهما السبب في وجوده وتبليغه للكمال شيئا فشيئا بالتربية والتعاهد فلا يمكن أبد مقارنة حقهما مع حقها ، فلو بالغ الولد في تفضيلهما عليها لكان له وجه صواب في ذلك استنادا إلى النصوص ،إلا أنه مع ذلك يجب مراعاة حقوق الزوجة التي تعرضنا لها آنفا.

الفرع الثاني: على الزوجة

البند الأول: طاعة الزوجة لأبوي الزوج

الزوجة مأمورة بطاعة زوجها شرعا للأدلة الكثيرة التي قدمناها في حق الطاعة ، أما طاعة والدي زوجها فليست هناك نصوص معينة في ذلك ،لكن هناك قواعد أخرى توجبها وهي ما يلي:

أولا :النصوص العامة الآمرة بالعرف ، فإذا كان العرف يقضي بذلك فلا مناص من اتباعه ،لأن القاعدة تقول :العادة محكمة ،ولا تزال طاعة المرأة لأهل زوجها سائدة في كثير من البلاد العربية

ثانيا:قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وما لا يتم ترك المحرم إلا بترك غيره وجب تركه ،فطاعة الزوج واجبة على الزوج ،ولا تتم طاعته إلا بطاعة والديه ،لتضرره من معصيتها لهما إذا فطاعتهما واجبة ،وعصيان الزوج محرم ،وذريعته معصيتهما ،فتركها واجب ،لترك معصيته.

ثالثا: النصوص الآمرة بالبر والإحسان كقولهﷺ: (إن من إجلال الله إكرام ذي الشيبة المسلم)[1]، وقولهﷺ:(ليس منا من لم يوقر كبيرنا ويرحم صغيرنا)[2].

البند الثاني: خدمة الزوجة لهما

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوجة لا يجب عليها خدمة أهل زوجها ،لعدم وجود النصوص في ذلك ،ولأن خدمة المرأة زوجها ،وقع فيها الخلاف فكيف بخدمة أهل زوجها ،وليس من حق الزوج إجبار زوجته على ذلك، لكنها تدخل في باب المودة وحسن العشرة بين الزوجين، وبلا شك يكون لها مردود إيجابي على نفسية الزوج، مما يقوي العلاقة الزوجية ويزيد فيها الخير والبركة،وتجنب العائلة الكثير من الإنزلاقات وعليه أيضاً أن يُقّوم والدته باللين والرفق، وهذا ليس عقوقاً للأم، بل كما قال الرسولﷺ: (انصر أخاك ظالما أو مظلوما قيل يا رسول الله هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالما قال تمنعه من الظلم)[3].

فعلى الزوجة مساعدة زوجها في إرضاء أمه ليكسب برّها ورضاها، وتجنّب إحداث الفرقة بين الابن وأمه، لأنها في هذه الحالة تقترف ذنبين في وقت واحد، الاشتراك في عقوق الوالدين، وقطع الرّحم ، والزوجة العاقلة هي التي تستطيع كسب ود الاثنين، فتضع نصب عينها أنّ خدمة حماتها من أعمال البر له ثوابه وفضله ،مما يجعلها تصبر فتهون عليها المشكلات، ويفرج عنها الكرب، ويهدي لها زوجها، لتنعم بالحياة الكريم، وليست خدمة المرأة لأهل زوجها انتقاصا من كرامتها ، بل هو أهون الشرين ،وأخف الضررين لأنّ تحمل المرأة ذلك خير لها من أن تدمّر بيتها بالطلاق الحاصل من ترك هذا الأمر ،لأننا ما زلنا في مجتمع محافظ ،ومن مقتضياته ما يتعلق بالخدمة.

المطلب الثاني : في فك الرابطة الزوجية

الفرع الأول: حقهما في فك الرابطة الزوجية

والمقصود أن نبين هل للأبوين الحق في فك الرابطة الزوجية ؟وإذا كان الجواب بنعم ،فهل هذا الحق مطلق أم نسبي ؟وهل حق مباشر أم بواسطة ؟ويتضح أن الخلاف في ذلك حاصله قولان هما :

البند الأول: القول بثبوث الحق لهما

ذهب الكثير من أهل العلم إلى أن الأبوين لهما الحق في تطليق زوجة ابنهما استدلالا بما يلي:

---

[1]أبو داود كتاب الأدب باب في تنزيل الناس منازلهم رقم:4843 م451/2 وإسناده حسن(البد المنير277/2).

2الترمذي أبواب البر والصلة، باب ما جاء في رحمة الصبيان رقم:1919 م479/3 .

3 البخاري كتاب المظالم باب أعن أخاك رقم:2443 ص394 .

أولا:ما في الصحيح و غيره من قصة إبراهيم و إسماعيل عليه السلام ، و فيها قول خليل الرحمن لزوجة ابنه :"إذا جاء زوجك فاقرئي عليه السلام ،وقولي له يغير عتبة بابه"،فلما عاد إسماعيل عليه السلام،و أخبرته زوجته الخبر،قال لها:" ذاك أبي وقد أمرني ان أفارقك إلحقي بأهلك " ،فطلقها وتزوج أخرى.[1]

و وجه الدلالة في هذا الخبر أن الأب أمر ابنه بالتطليق ،ولو لم يكن له حق في ذلك ماأمره ،إذ يبعد أن يتعدى نبي الله حقه ،و هذا مما يحتج به من شرع من قبلنا مع تقرير شرعنا له.

ثانيا:حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال : كانت تحتي امرأة أحبها ، و كان عمر يكرهها. فقال عمررضي الله عنه: طلِّقها. فأبَيْتُ . فذكر ذلك للنبيصلى الله عليه وسلم. فقال : (أطع أباك ، و طلِّقها) فطلقتُها [2]ووجه الدلالة أن عمر لو لم يكن له الحق في التفريق لما أمر ابنه به.

ثالثا: حديث أبي الدَّرداءِرضي الله عنه أنَّ رجلاً أتاهُ فقال:(إنّ لي امرأة وإن أمي تأمرني بطلاقها فقال أبو الدَّرداءِ : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلميقول:(الوالد أوسط أبواب الجنة فإن شئت فأضع ذلك الباب أو احفظه)[3] ووجه الدلالة أن الوالد لو لم يكن له حق في ذلك ،لما جعل له النبي صلى الله عليه وسلمهذه الدرجة .

البند الثاني: **القول بعدم ثبوته لهما**

ذهب طائفة من أهل العلم إلى أن الوالدين ليس لهما الحق في التطليق للأدلة التالية:

أولا:ليس هناك نص فيه إسناد الطلاق إلى الوالدين ،وأما الأحاديث التي احتج بها من يثبث لهما ذلك الحق ،فغاية ما فيها هو طلب الأب تطليق المرأة ،وطلب التطليق ليس هو الحق في الطلاق ،لأن طلب التطليق هو مجرد طلب يخضع للقبول والرفض من طرف الابن حسب درجة الطاعة، أما الحق في الطلاق فهو ثبوته بحيث يمكن له استعماله في أي وقت شاء .

ثانيا:إن حق الطلاق خاص بالرجل فقط كما قدمنا ،للحديث السابق :إنما الطلاق لمن أخذ بالساق "[4]فالطلاق حق لمن بيده الزواج ،وأما غيره من القاضي أو المرأة في الخلع أو الحكمين فتفريقهم يسمى طلاقا من باب المجاز ،وإلا فالطلاق حقيقة هو ما تلفظ به الزوج لا غير .

ثالثا:إنّ آيات الطلاق كلها فيها إسناد الطلاق لمن يملك العصمة .

---

[1] جزء من حديث طويل رواه البخاري كتاب أحاديث الأنبياء رقم:3364 ص561 .

[2] الترمذي أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الرجل يسأله أبوه أن يطلق زوجته رقم:1189 م480/2 ، ورواه الحاكم وقال : صحيح الإسناد و لم يخرجاه ووافقه الذهبي.(المستدرك على الصحيحين للحاكم كتاب الطلاق رقم:2857 ج235/2).

3 الترمذي أبواب البر والصلة باب ما جاء من الفضل في رضا الوالدين رقم:1900 م465/3 وقال حديث حسن صحيح .

[4] سبق تخريجه

الترجيح:

من خلال عرض القولين بأدلتهما يمكن القول بأنه لا تعارض بين القولين إلا في الظاهر ،إذ أن من أثبت حق الطلاق للأبوين لم يثبته بإطلاق ،ومن نفاه لم ينفه بإطلاق فأقل ما قيل مما هو متفق عليه هو أن للوالدين حق المطالبة بالتطليق ،وبقي الجزء الآخر وهو هل لهما حق الإيقاع ؟،وهذ لم يقل به أي أحد من الفريقين لأن إيقاع الطلاق إنما يكون لمن رفع الساق .وعليه فنقول أن الوالدين لهما حق المطالبة بالتفريق ،وليس لهما حق الإيقاع فنجمع بين القولين .

الفرع الثاني: طاعتهما في فك الرابطة الزوجية

اختلف العلماء إلى ثلاثة أقوال الوجوب مطلقا والتفرقة بين الأب والأم واالثالث التفصيل :

البند الأول: وجوب طاعتهما مطلقا

ذهب بعض العلماء إلى وجوب طاعة الأب في تطليق الزوجة مطلقا .

قال في النيل:(ويطيعهما وإن بخروج من أهله وماله إن أمراه به) ، قال شارحه ولو كان لا يجوز لهما التفريق بين الأزواج وإذا رأياه مصلحة جاز لهما كما أجازه النبي ﷺلأبي بكر وعمر أن يأمرا ولديهما "[1] وقال الشوكاني في السيل الجرار : "نعم يجب على الزوج إذا أمره أبوه أن يطلق امرأته أن يطيعه ويطلقها لحديث ابن عمر السابق[2]، وما أخرجه أحمد عن معاذ بن جبل، أوصاني رسول الله ـ ﷺ بعشر كلمات، وذكر منها :(ولا تعْصِ والدَيْك وإن أمَراك أن تخرج من أهلك ومالك)[3]، ويلحق بالأب الأم لأنّ النبي ﷺقد بين أنّ لها من الحق على الولد ما يزيد على حق الأب كما في حديث :(من أبر يا رسول الله فقال أمك ثم سأله فقال أمك ثم سأله فقال أمك وأباك)وحديث :(الجنة تحت أقدام الأمهات) " [4] قال المناوي: ولو أمر بطلاق زوجته قال جمع ، امتثل لخبر ابن عمر، قال ابن العربي في شرحه: صح وثبت، وأولُ من أمر ابنه بطلاق امرأته الخليل وكفى به أسوة وقدوة. ومن برّ الابن بأبيه أن يكره من كرهه وإن كان له محبا، بيد أن ذلك إذا كان الأب من أهل الدين والصلاح يحب في الله ويبغض فيه، ولم يكن ذا

1 شرح كتاب النيل وشفاء العليل محمد أطفيش ج11/5 .

2 السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار محمد الشوكاني ت:محمود زايد ،ج340/2 دار الكتب العلمية ط1/ب.ت.ط

3 الترغيب والترهيب كتاب الصلاة باب الترهيب من ترك الصلاة تعمدا رقم:789 م257/1 .

4 رواه النسائي بلفظ آخر من حديث معاوية بن جاهمة أنه جاء النبي ﷺفقال : يا رسول الله أردت أن أغزو وقد جئت أستشيرك ؟ فقال : هل لك أم ؟ قال : نعم . قال : فالزمها فإن الجنة تحت رجليها)،كتاب الجهاد الرخصة في التخلف لمن له والدة رقم:4297 ج272/4 وقال الحاكم إنه صحيح الاسناد(المقاصد الحسنة السخاوي دار الكتاب العربي 287/1).

هوى. قال: فإن لم يكن كذلك استحب له فراقها لإرضائه ولم يجب عليه كالحالة الأولى، فإن طاعة الأب في الحق من طاعة الله، وبره من بره" [1].

البند الثاني: التفرقة بين الأب والأم

ذهب بعض أهل العلم إلى التفريق بين الأب والأم,فقال إن الطاعة في تطليق الزوجة واجبة في حق الأب دون الأم ..لأن الأب أدرى بالمصالح، وأن الشرع جعل أمر الطلاق بيد الرجال دون النساء فمن لا يملك عصمة نفسه لا ينبغي أن يكون له سلطان على عصمة غيره , وبأن الأم ربما يكون لها في هذا الأمر غالبا أغراض دنيوية أو مآرب نفسية لتحكم العاطفة في المرأة غالبا .

وقد روى سعيد ابن منصور في سننه : "جاء رجل إلى الحسن فقال : إن أمه لم تزل به حتى تزوج ، ثم قالت لي بعد : طلقها ، فقال له الحسن : إن طلاق امرأتك ليس في بر أمك في شيء[2].

وقال ابن مفلح : "ونص أحمد :إذا أمرته أمه بالطلاق لا يعجبني أن يطلق لأن حديث ابن عمر في الأب ونص أحمد أيضا في رواية محمد بن موسى أنه لا يطلق لأمر أمه فإن أمره الأب بالطلاق طلق إذا كان عدلا ... وقد قال الشيخ تقي الدين فيمن تأمره أمه بطلاق امرأته قال لا يحل له أن يطلقها ، بل عليه أن يبرها وليس تطليق امرأته من برها[3] وهذا القول مبني على مسألة سبق ذكرها في بر الوالدين وهي الخلاف في الفاضل بالبر منهما هل الأب أم الأم وتقدم مذهب مالك أنهما في البر سواء .

البند الثالث: التفصيل

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن التطليق إذا كان لمصلحة شرعية فإنه يطيعهما وإلا فلا واستدلوا على ذالك بعدة أدلة منها :

1- حديث ابن عمر المتقدم.

2- حديث الوالد أوسط أبواب الجنة فحافظ على ذلك الباب إن شئت أو أضعه .

3- حديث إسماعيل مع أبيه إبراهيم عليه السلام[4] .

و لهذا أفتى الإمام أحمد بطاعة الأب في هذا الأمر إذا كان رجلا صالحا كما ورد في مسائل الإمام أحمد :"قلت: إذا أمر الرجل ابنه أن يطلق امرأته؟ قال: يطيعه إذا كان الأب رجلاً صالحاً، واحتج بحديث

---

1 نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار محمد بن علي بن محمد الشوكاني إدارة الطباعة المنيرية ج3/7.

2 سنن سعيد بن منصور باب جامع الطلاق رقم:2164 ج2/ 88.

3 الآداب الشرعية لابن مفلح 1/ 475

4 الترغيب والترهيب للمنذري كتاب الصلاة الترغيب في الآذان وما جاء في رقم:819

ابن عمر"[1]. ومعلوم أن عمر وأمثاله لا يأمرون بطلاق المرأة إلا لمصلحة شرعية لعلمهم أنه مما يسعى إليه الشيطان ومن أبغض الحلال إلى الله ،ومما يدل على ذالك أيضا : ما رواه ابن عبد البر أنّ عبد الله بن أبي بكر الصديق ﷺعاتكة ابنة زيد بن عمرو بن نفيل ، وكانت امرأة جميلة ، و كان يحبها حبا شديدا ، فقال له أبو بكر : طلقها فإنها قد شغلتك عن الغزو . فأبى ، و قال : ومن مثلي في الناس طلق مثلها ؟ وما بها بأس تطلق ، ثم خرج في بعض المغازي فجاء نعيه ، فقالت:

رزيت بخير الناس بعد نبيهم و بعد أبي بكر و ما كان قصرا

فآليت لا تنفك عيني حزينة عليك و لا ينفك جلدي أغبرا

فلله عينا من رأى مثله فتى أعف و أحصى في الهياج و أصبرا [2]

وجه الدلالة أنّ أبا بكر ﷺلم يأمر عبد الله بتطليق امرأته إلا لمصلحة شرعية وهي التخلص مما يشغل عن الجهاد ، لا إن كان الوالد سفيها إلا امتثالاً لأمر والده، وكذا سائر أوامره التي لا حامل عليها إلا ضعف عقله وسفاهة رأيه، ولو عرضت على أرباب العقول لعدوها أموراً متساهلا فيها.

وسأل رجل بشر بن الحارث عن من له زوجة وأمه تأمره بطلاقها فقال: "إن كان بر أمه في كل شيء ولم يبق من برها إلا طلاق زوجته فليفعل، وإن كان يبرها بطلاق زوجته ثم يقوم بعد ذلك إلى أمه فيضربها فلا يفعل"[3].

الترجيح: من خلال عرض هذه الأقوال بأدلتها ،يترجح القول الثالث وهو اشتراط وجود المصلحة في تطليق الوالدين ،حتى لا يكون ذلك لمجرد هوى أو تعسف ،وبذلك تسلم الأسر من خطر التفكك لأسباب واهية من جانب الوالدين ،فإن تطليق سيدنا إبراهيم عليه السلام،أو عمر بن الخطاب ﷺ،ليس إلا لمصلحة شرعية ،تراعي خير الدنيا والآخرة ،إلا أنّ هناك إشكال يطرح في تحديد هذه المصلحة ،ونسبة اظطلاع الآباء بها ،مما يجعل الأمر عرضة لتأويلات وتلاعبات ،فقد يقول الأب رأيت مصلحة في التطليق ،بينما الواقع أن الدافع هو شئ آخر غير المصلحة ،لذا وجب الرجوع إلى تحديدها بشروطها المعروفة وهي :

1-أن تكون كلية :أي مما يرجع نفعه للجميع فلا يؤخذ بمصلحة جزئية فيها نفع لأحدهما.

---

1 مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه ،إسحاق بن منصور المروزي ،كتاب النكاح والطلاق وتوابعهما عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعوديةط1425/1هـ/2002م ج1728/4.

2 التمهيد لما في النوطأ من المعاني والأسانيد أبو عمر بن عبد البر ت:أ.مصطفى العلوي أ. عبد الكبير البكري سعيد أحمد أعراب ط1411-1991 : حديث سادس وأربعون ليحي بن سعيد 23 / 405 23 / 405

3 جامع العلوم ابن رجب ص256 .

2-أن تكون ضرورية :أي لا يمكن تحصيلها إلا بهذا الطريق وهو التطليق ، فإن أمكن تحصيلها بطريق آخر وجب الأخذ به ،درءا لمفسدة تفريق الأسرة .

3-أن تكون شرعية :أي ممّا يوافق الشرع عليها ، وإلا فلا يؤخذ بها فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق [1] .

المبحث الثاني :من الحكمين

المطلب الاول :في انعدام شروط الحكمين

الفرع الأول:مفهوم الحكمين

البند الأول:تعريف التحكيم

أولا:لغة

حاصل مادة حكم معنى في اللغة هو: **القضاء** كحكم بينهم يحكم أي قضى. **والعلم** و التيقن للأمور. كقوله تعالى﴿ وَمَن يُؤْتَ ٱلْحِكْمَةَ ﴾ البقرة: 269: **والإتقان** كحكمت الشيء فاستحكم، أي صار محكما. والحكم، بالتحريك: الحاكم. وفي المثل: في بيته يؤتى الحكم ،**والمنع** كحكمت الرجل تحكيماً، إذا منعته مما أراد. ويقال أيضاً: حكمته في مالي، إذا جعلتَ إليه الحكم فيه. فاحتكم علي في ذلك. واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى. **و المخاصَمة** كحاكمته[2] .

ثانيا : اصطلاحا

1-شرعا: عبارة عن تصيير غيره حاكما فيكون الحكم في حق ما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس ، وفي حق غيرهما بمنزلة الصلح.[3]

2-قانونا

لم يعرف القانون الحكمين التعريف الإصطلاحي إلا أنه أشار إلى ماهيتهما في معرض الحديث على بعثهما في م56..[وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما][4].ومن خلال هذا النص يمكن أن نستنبط تعريفا قانونيا للتحكيم فيقال :هو تعيين من يقوم بالتوفيق بين الزوجين .

---

1 الغيث الهامع م762/3 .

[2] لسان العرب م2 باب الحاء ج897/11 .

[3] أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقها ءقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ت: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي دار الوفاء – جدة ط1/،1406. ج232/1

[4] ق.أ.ج.ر المادة56 ص22.

البند الثاني:حكم بعث الحكمين

وأما جواز التحكيم فثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ النساء: 35.

وأمّا السنة فما روي: (أن النبي ﷺ: نزل على حكم سعد بن معاذ في قريظة حتى سبى ذراريهم وقتل مقاتليهم)،[1] وعليه إجماع الصحابة ؛ فإنه روي أنه لما وقع بين عمر وبين أبي بن كعب خصومة أتيا زيد بن ثابت وحكماه معهم[2].

لكن اختلف الفقهاء في دلالة الأمر في قوله تعالى :{فابعثوا}إلى قولين هما :

أولا:ذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية على "أن بعث الحكمين واجب على الحاكم أو القاضي ؛ لأن آية بعث الحكمين محكمة غير منسوخة ، فالعمل بها واجب ، ولأنه من باب دفع الظلامات ، وهو من الفروض العامة على القاضي.

ثانيا:مقابل هذا القول وهو أن بعثهما من باب الندب والاستحباب فقط، نقله النووي عن الروياني في الروضة: قال:"وهل بعث الحكمين واجب قال البغوي عليه بعثهما وظاهره الوجوب وحجته الآية ، وقال الروياني يستحب" [3].

الترجيح :

الصواب ما ذهب إليه الجمهور للأمر الوارد به في الآية ، وهو يقتضي الوجوب إلا لصارف ، وليس ثَم ما يصرفه عن ظاهره. كما أن الحال التي يقع معها الشقاق من خروج الزوجين إلى ما لا يحل لهما ، يقتضي أن يكون الأمر بتغيير هذا المنكر – وهو الشقاق- ببعث الحكمين واجبا.

البند الثالث: مهمة الحكمين

أولا: صفتهما

1–اختلف الفقهاء في الحكمين هل هما وكيلان فقط عن الزوجين ؟أم هما حكمان ؟

ذهب الحنفية وهو الأظهر عند الشافعية والصحيح من المذهب عند الحنابلة والإباضية إلى "أن الحكمين وكيلان عن الزوجين ، لا يبعثان إلا برضاهما وتوكيلهما ولا يملكان التفريق إلا بإذنهما" [1].

---

1 سبق تخريجه.

2 الحاوى الكبير . الماوردى أبو الحسن الماوردى ، دار الكتب العلمية،ط1/ 1414هـ - 1994 ج133/1.

3 الأم للشافعي 5 / 194 ،جواهر الإكليل 1 / 328 ، ، ومغني المحتاج 3 / 261 ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين النووي ت: عادل أحمد عبد الموجود – على محمد معوض، دار الكتب العلمية،ب.ت.ط. ج678/5

وقال المالكية وهو مقابل الأظهر عند الشافعية والرواية الثانية عن أحمد : "إنهما حاكمان يفعلان ما يريان أنه المصلحة ، وكلهما الزوجان أو لم يوكلاهما "[2] .

2–الأدلة:

احتجّ أصحاب المذهب الأول:"فقالوا إن الزوجين لو أقرا بالإساءة لم يفرق بينهما، بعد بعث الحكمين كقبله ولا يطلق الحكمان من غير رضا الزوج وتوكيله ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها ، فلا يجوز خلعهما إلا برضاهام ، ولأن الحاكم لا يملك التفريق فكيف يملكه الحكمان "[3].

قالوا:والبضع حق الزوج والمال حق الزوجة ، وهما رشيدان فلا يولى عليها في حقهما ، ولأن الطلاق لا يدخل تحت الولاية إلا في المولى وهو خارج عن القياس،وعلى هذا يشترط رضا الزوجين ببعث الحكمين.

واحتج المالكية فقالوا: للحكمين التفريق بين الزوجين ، وهوبائن ولو لم يكن خلعا ، وينفذ وإن لم يرض الزوجان به بعد إيقاعه ، أو الحاكم ، أو خالف حكم قاضي البلد ، وسواء أقيما من جهة الحاكم أم الزوجين ، لأن طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ، لقوله تعالى : {فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها} وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى ، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى ، فإذا بين الله كل واحد منهما فلا ينبغي أن يركب معنى أحدهما على الآخر ، وقد روي من حديث ابن سيرين عن عبيدة أن علي بن أبي طالب ﷺقال للحكمين:(أتدريان ما عليكما ؟ عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما)[4]، فلو كانا وكيلين أو شاهدين لقال: أتدريان بما وكلتما ؟ واحتج مالك أيضا بما رواه في الموطأ أنه بلغه أن علي بن أبي طالب قال في الحكمين اللذين قال الله تعالى :{ فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها }،إن إليهما الفرقة بينهما والاجتماع قال مالك:"وذلك أحب ما سمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع "[5].

ثانيا:دورهما

1–قال الحنفية : "يبعث الحكمان إلى الزوجين للصلح بينهما ، فإن أعياهما الصلح وعظا الظالم منهما ، وأنكرا عليه ظلمه ، وأعلما الحاكم بذلك ليأخذ على يده " [6].

---

1 أحكام القرآن للجصاص 2 / 190 ، ومغني المحتاج ج345/3، والنيل ج56/8.

2 حاشية الدسوقي 2 / 344 ،المغني ج199/8 .

3 أحكام القرآن للجصاص 2 / 190 .

4البيهقي كتاب القسم والنشوز «باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين»رقم:14782 ج 7 / 498. وهذا إسناد صحيح.

5 الموطأ كتاب الطلاق باب ما جاء في الحكمين حديث رقم 1239، حديث انفرد به مالك من بين الكتب التسعة.

6 أحكام القرآن للجصاص 2 / 193.

وقال المالكية والإباضية: "يجب على الحكمين في أول الأمر أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لأجل الألفة وحسن العشرة ،.وإلاّ نظر الحكمان : فإن تبين أن الإساءة من الزوج طلقا عليه بلا خلع ، وإن كانت الإساءة منها ائتمناه عليها وأمراه بالصبر وحسن المعاشرة ، أو خالعا له بنظرهما ، وإن كانت الإساءة منهما فخلاف قيل يتعين على الحكمين عند العجز عن الإصلاح الطلاق بلا خلع إن لم ترض الزوجة بالمقام معه ، أو لهما أن يخالعا بالنظر على شيء يسير منها له ؟ قال خليل : وعليه الأكثر ، قال الباجي : وإن كانت الإساءة من الزوجين فرق الحكمان على بعض الصداق فلا يستوعباه له،وعلى الحكمين أن يأتيا الحاكم فيخبراه بما حكما به[1] .

2-وقال الشافعية : "ينظر الحكمان في أمر الزوجين بعد اختلاء حكمه به وحكمها بها ومعرفة ما عندهما في ذلك ، ولا يخفي حكم عن حكم شيئا إذا اجتمعا ، ويصلحان بينهما أو يفرقان بطلقة إن عسر الإصلاح ، ويلزم كلا من الحكمين أن يحتاط "[2].

3-وقال الحنابلة : "ينبغي للحكمين أن ينويا الإصلاح ، وأن يلطفا القول ، وأن ينصفا ، ويرغبا ، ويخوفا ، ولا يخصا بذلك أحدهما دون الآخر ليكون أقرب للتوفيق بينهما "[3].

الفرع الثاني:شروط الحكمين

البند الأول:شرعا

أولا:الشروط المتفق عليها

1- كمال الأهلية ، وهي : العقل والبلوغ والرشد ، فلا يجوز تحكيم الصغير والمجنون والسفيه ويبطل ما حكموا به .

2 - الإسلام ، فلا يحكم غير المسلم في المسلم ، لما فيه من الاستعلاء عليه .

3 - العدالة وهي ملازمة التقوى وبطل حكم غير العدل .

4- الفقه بأحكام هذا التحكيم ، وبطل حكم غير فقيه بأحكام النشوز ما لم يشاور العلماء فيما يحكم به ، فإن حكم بما أشاروا به عليه كان حكمه نافذا.

ثانيا:الشروط المختلف فيها

اختلف افقهاء في اشتراط الذكورة والحرية وكونهما من أهل الزوجين .

---

1 حاشية الدسوقي 2 / 345 - 346 ، وجواهر الإكليل 1 / 329 .

2 مغني المحتاج 3 / 261 - 262 ،

3 كشاف القناع 5 / 241 .

فأمّا الذكورة والحرية فقال الحنفية والمالكية :" شرط الحكمين الذكورة والرشد والعدالة والفقه.

وقال الشافعية والحنابلة:"يشترط في الحكمين التكليف والإسلام والحرية والعدالة والاهتداء إلى المقصود بما بعثا له ، ولا يشترط فيهما الذكورة على الأظهر في المذهب عند الشافعية بخلاف الحنابلة.

وأمّا كونهما من أهل الزوجين : فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنّه مستحب غير مستحق ، لأنّهما أشفق وأعلم بالحال ، ويجوز أن يكونا من غير أهلهما ، لأنّ القرابة لا تشترط في الحاكم ولا في الوكيل ، فكان الأمر بذلك إرشادا واستحبابا .

وقال المالكية : يكون الحكمان من أهل الزوجين إن أمكن ، لأنّ الأقارب أعرف ببواطن الأمور ، ونفوس الزوجين أسكن إليهما ولا يجوز بعث أجنبيين مع إمكان الأهلين ، فإن بعثهما مع الإمكان فالظاهر نقض حكمهما ، لأن ذلك واجب شرط .فإن كان أحدهما قريبا والآخر أجنبي فقال اللخمي : يضم لأهل أحدهما أجنبي ، وقال ابن الحاجب : يتعين كونهما أجنبيين وترك القريب لأحدهما ، قال الدسوقي : لئلا يميل القريب لقريبه [1].

وقال القرطبي : "فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما " [2]

وقال الجصاص : "إنما أمر الله تعالى بأن يكون أحد الحكمين من أهلها والآخر من أهله لئلا تسبق الظنة إذا كانا أجنبيين بالميل إلى أحدهما ، فإذا كان أحدهما من قبله والآخر من قبلها زالت الظنة ، وتكلم كل واحد منهما عمن هو من قبله "[3] .

البند الثاني: قانونا

تعرض المشرع إلى ذكر الحكمين في م56:[إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين].

وبتحليل هذه المادة نجد أنها جملة مركزة شملت أمورا كثيرة في فقرة وجيزة .

–وأول ذلك هو الابتداء بالنص على شرط بعث الحكمين ،وهو استيفاء المراحل الثلاثة المتقدمة في الآية لذلك قالت المادة على سبيل الشرط :إذا اشتد الخصام وهو موافق لقوله تعالى:

---

[1] حاشية الدسوقي م542/2 ، مغني المحتاج ج345/3 ، المغني ج167/8 .

كشاف القناع ج 5 / 241.

2 الجامع لأحكام القرآن ج291/8 .

3 أحكام القرآن الجصاص 154/3 .

{وإ خفتم شقاق بينهما }،قال الرازي :قال ابن عباس خفتم :بمعنى علمتم ووجود الشقاق وإن كان معلوما ، إلا أنّا لا نعلم أنّ ذلك الشقاق صدر عن هذا أو عن ذاك ، فالحاجة إلى الحكمين لمعرفة هذا المعنى أو إنمّا الخوف في أنّه هل يبقى ذلك الشقاق أم لا؟ فالفائدة في بعث الحكمين ليست إزالة الشقاق الثابت في الحال فإن ذلك محال ، بل الفائدة إزالة ذلك الشقاق في المستقبل [1].

-وقول المادة ولم يثبت الضرر قيد آخر في بعث الحكمين ،فإنّ الضرر إذا كان من أحدهما ،فهو ناشز عليه ما تقدم من طرق التأديب قال الرازي:"إذا وقع الشقاق بينهما ، فذاك الشقاق إما أن يكون منهما أو منه أو منها ، أو يشكل ، فان كان منها فهو النشوز وقد ذكرنا حكمه ، وان كان منه ، فإن كان قد فعل فعلا حلالا عُرفت المرأة أن ذلك مباح ونُهيت عن الشقاق ، فان قبلت وإلا كان نشوزا ، وإن كان بظلم من جهته أمره الحاكم بالواجب ، وإن كان منهما أو كان الأمر متشابها ، فالقول أيضاً ما قلناه [2].

وأمّا التعبير بصيغة الوجوب "وجب تعيين حكمين فذلك اختيار لأرجح الأقوال في البعث.

وفي تعبير المادة بصيغة تعيين أخذ بالأقوال المتنوعة في الباعث هل الإمام أم أهل الزوجين أم جماعة المسلمين، إلا أنّ بقية المادة فيها تقييد لما أطلقته في التعيين، فقد قالت :"يعين القاضي الحكمين وليس في هذا تعارض، بل إنّ الأوّل محمول على ما إذا لم يرفع الأمر إلى القاضي ،أي إذا كان الخلاف محصورا في العائلة ولم يشتهر، والنص الثاني محمول على ما إذا ارتفع الأمر إلى القاضي، وفيه مراعاة ذكية من المشرّع لخصوصية المجتمع لأنّ بعض المناطق لا تزال محكومة بمشيخة القبيلة، وكل الأمور تقضى تحت سقفها،ولا تحتاج إلى قضاء ككثير من القبائل والعشائر والبدو وبني ميزاب وغيرهم.

وقول المادة للتوفيق ليس حصرا لمهمّة الحكمين في ذلك ،بل ذكر لأبرز أدوارهما المنصوص عليه في الآية المتقدمة ، إلا أنّه قد يقال أن بقية المادة تنبه على الحصر وهي :وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين "،لكن يجاب عن ذلك بما أجيب به من قبل وهو أنّ ذلك يختلق باختلاف المناطق، فالحكمان في المجتمعات القبلية يمكن أن يقوما بالتطليق أو الخلع وفقا لمذهب المالكية وغيرهم ، وأمّا في غيرها من المناطق الحضرية التي لا تخضع لسلطان القبيلة ،فالحكمان تنحصر مهمتهما في التوفيق والإصلاح وأما التفريق فيقوم به القاضي.

وقول المادة حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، أخذ بأرجح الأقوال في كون الحكمين من أهل الزوجين.إلا أنّ ما يعاب أنّ المادّة لم تتعرض لشروط الحكمين لا تفصيلا ولا إجمالا .

[1] التفسير الكبير ج91/10 .

2 التفسير الكبير ج91/10 .

المطلب الثاني : في تعدي وظيفتهما

الفرع الأول : في تجاوز المراحل

البند الأول: التطليق قبل الصلح

سبق لنا بيان مهمة الحكمين ودورهما والذي يبدأ بالصلح من جميع الوجوه إن أمكن ،وعليه لو بادرا للتفريق قبل استيفاء وجوه الصلح ،فهل ينفذ حكمهما في هذه الحالة ؟

إذا تعدى الحكمان مرحلة الإصلاح ،فبادرا بالتطليق فإنّ ذلك لا يجوز ويسقط الطلاق الذي حكما به ابتداءً ، وهذا من باب الأولى من مسألة إيقاع الأكثر ابتداءً قال العلماء :" ولا يجوز لهما إيقاع الأكثر ابتداء لأنه خارج عن معنى الإصلاح الذي بعثا له فللزوج رد الزائد ، قال الآبي : وفي المدونة : ولا يفرقان بأكثر من واحدة وهي بائنة فإن حكما به سقط ،"وعليه ينقض حكمهما ولا يقع ذلك الطلاق .

البند الثاني:إقامة حكم واحد

أولا: شرعا :

1-ذهب المالكية أن للزوجين إقامة حكم واحد من غير رفع للحاكم يكون عدلا رشيدا ذكرا فقيها بما بعث له ، ويفعل ذلك الحكم ما يفعله الحكمان من الإصلاح أو التطليق بغير مال أو بمال.

2-وعند الشافعية قال الخطيب : "اقتضى كلام المصنف – النووي – عدم الاكتفاء بحكم واحد وهو الأصح ، لظاهر الآية ، ولأن كلا من الزوجين يتهمه ولا يفشي إليه سره "[1]..

ثانيا: قانونا: لم ينص القانون على هذه المسألة إلا أن المتبادر من نصوصه اشتراط حكمين اثنين حيث وردت المادة 56[..يعين القاضي الحكمين...]' بصيغة التأكيد على التثنية .

الفرع الثاني : في إيقاع الفرقة

البند الأول: هل للحكمين التفريق

أولا: شرعا

هذه المسألة مبينية على ماتقدم من الخلاف في الحكمين هل هما وكيلان أو حاكمان فقط ؟ وقد تقدم أن المذهب الراجح في ذلك هو مذهب من قال إنهما حكمان يجوز لهما أن يقضيا بالفرقة ،وعليه فلو أوقعاها فإنها تقع ولا يحتاج الأمر إلى القاضي ،بل لا يجوز للقاضي أن ينقض حكمهما قال خليل:"ونفد حكمهما ولو لم يرض الزوجان و الحاكم "[2]

1 مغني المحتاج ج3 / 345 ، حاشية الدسوقي م545/2 .

[2] مختصر خليل ص129 .

ثانيا: قانونا

لم ينص القانون صراحة على هذه المسألة ولكن هناك مرجحات تؤيد أن الحكمين ليس لهما التفريق وهذه المرجحات هي:

1- من خلال استقراء ق.أ م 49و53و55و56 والتي تسند الطلاق صراحة إلى القاضي يتبين مافيها من إرادة قصر الطلاق بيد القاضي.

2-تحديد مهمة الحكمين في الإصلاح وتقديم التقرير على عملهما .

وعليه نقترح على المشرع أن يبعث وظيفة الحكمين وأن يأخذ في ذلك برأي المالكية بأن لهما الإصلاح والتفريق ،لأن المحاكم امتلأت به ذه القضايا بحيث أنها تشهد ضغطا منقطع النظير ،مما يوقع تلك القضايا في التأجيل وهذا ما يكون له عدة إشكالات في آثار الطلاق كالعدة وغيرها

البند الثاني: إيقاع أكثر من واحدة

أولا: صور التعدي في إيقاع الأكثر

هذه المسألة مفروضة عند من يقول أن الحكمين لهما التفريق بين الزوجين ،وهو قول المالكية ،ومقابل الأظهر عند الشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة ،وهذه المسألة متفرعة إلى صور كالآتي:

1-إيقاع أكثر من طلقة: لا يلزم طلاق أوقعه الحكمان بأكثر من طلقة ، قال خليل :"لا أكثر من واحدة أوقعا"[1] .

2-إيقاع الأكثر ابتداء :لا يجوز لهما إيقاع الأكثر ابتداء ،لأنه خارج عن معنى الإصلاح الذي بعثا له ،فللزوج رد الزائد ، قال الآبي : وفي المدونة : ولا يفرقان بأكثر من واحدة وهي بائنة فإن حكما به سقط .

3-الاختلاف بينهما في العدد:بأن طلق أحد الحكمين واحدة وطلق الآخر اثنتين أو ثلاثا ،فتلزم طلقة واحدة لاتفاق الحكمين على الواحد .

4-الاختلاف بينهما في صفة الطلاق :"بأن طلقا ، واختلفا في كون الطلاق بالمال أولا بأن فإن لم تلتزم الزوجة المال فلا طلاق يلزم الزوج ، ويعود الحال كما كان ، وإن التزمته وقع وبانت"[2].

ثانيا: نوع الفرقة التي يوقعها الحكمان

1-شرعا:أ-ذهب المالكية إلى أن التفريق للشقاق طلاق بائن ، سواء أكان الحكمان من قبل

---

1 المختصر ص129

2 حاشية الدسوقي م545/2 .

القاضي أم من قبل الزوجين ، وهو طلقة واحدة ، حتى لو أوقع الحكمان طلقتين أو ثلاثا لم يقع بحكمهما أكثر من واحدة ، وسواء أكان تفريقهما طلاقا أم مخالعة على بدل.

ب-وقال الشافعية والحنابلة "إلى أنهما إن فرقا بخلع فطلاق بائن ،وإن فرقا بطلاق فطلاق[1]..

2-قانونا

لم يتعرض ق.أ لنوع الفرقة التي يوقعها الحكمان وعليه نقترح إثراء تلك المادة المتعلقة بالحكمين بضم شروطهما وصفتهما ونوع الفرقة التي يوقعانها ؛فتكون المادة المثراة هي م 56[..حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوجة ،(هنا موضع الإثراء) على النحو التالي:[عدلين ذكرين راشدين عارفين بما كلفا فيه ،للحكم بالأنسب ولوطلاقا وهو بائن ،لا أكثر من واحدة ،والقاضي ينفذ حكمهما وله عزلهما إن فشلا]..وعلى هذين الحكمين أن يقدّما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين].

المبحث الثالث: من القاضي

القواعد القانونية إمّا جامدة- وهي تلك التي لا تقبل التغير ولا التطور ولا الانتقال من حال إلى حال- أومرنة وهي التي يضعها المشرع إرشادا للقاضي فيما يعرض عليه من القضايا ؛ فلا يتقيد فيها بحل واحد بل تتغير الحلول وتتفاوت بتغير الظروف والملابسات.

وهنا يتضح أنّ مسؤولية القاضي ليست تطبيق القانون فحسب -لأنّ ذلك نوع من النّصية يتفادها العقلاء عند وجود المقتضيات -ولكن مهمته الكبرى الحفاظ على المجتمع ؛من خلال حسن تطبيق القاعدة القانونية ،وهنا يجد القاضي نفسه ملزما بالاجتهاد للتكيف مع معطيات التطور المجتمعي حتى لا يتسبب في ما لا يوافق الاتجاه العام لتماسك المجتمع ،ودور قاضي شؤون الأسرة واجتهاده المسمى بالسلطة التقديرية سنعرضهما في هذا المطلب تمهيدا لبيان مايقع فيه القضاة من التعسف في التفرقة بين الزوجين .

المطلب الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

الفرع الأول: طبيعة عمل قاضي شؤون الأسرة في المنازعات الأسرية

البند الأول: المنازعات الأسرية

المنازعات الأسرية هي الخصومات أو الاختلافات التي تنشأ بين أفراد الأسرة. وأسرة الرجل رهطه أي قومه وقبيلته أي قرابته: فالعلاقة الأسرية هي الناتجة عن الزوجية أو البنوة أو الأبوة أو العمومة أو غير ذلك من علاقات وصلات القرابة، والمقصود سلطة القاضي في الحد من المنازعات الأسرية بمفهومها الخاص وهي المنازعات التي تكون من وظيفة قاضي شؤون الأسرة النظر فيها عند رفعها إليه، وهذه الوظيفة حددتها

---

1 حاشية الدسوقي 2 / 344 ، مغني المحتاج ج345/3 ،كشاف القناع ج256/5 .

المادة 423من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد :[ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية :

*الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة ،

*دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة

*دعاوى إثبات الزواج والنسب

*الدعاوى المتعلقة بالكفالة

*الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقدينم والمفارقات والمهر والجهاز وما يدفع على حساب المهر والنفقة والنسب والحضانة.[1]

البند الثاني: طبيعة عمل قاضي شؤون الأسرة

أولا: العمل القضائي

القضاء هو الإخبار عن الحكم على سبيل الإلزام وهو بذلك يُخالف الفتوى في عنصر الإلزام حيث إنّ الفتوى هي الإخبار عن الحكم من غير إلزام.

فالقضاء فصل للخصومة وقطع للنزاع، وذلك من خلال بيان الحكم الشرعي وإلزام الخصمين به، وهو يعتمد على الأدلة والحجج والبراهين لأنّه يقوم على الظاهر خلافاً للفتوى، لأنّ المفتي يفتي بالديانة – أي على باطن الأمر؛ فهذا هو جوهر العمل القضائي، -أي فصل الخصومة وقطع المنازعة- فإذا رفعت إلى قاضي دعوى معينة، وأثبت المدعي دعواه بوسيلة من وسائل الإثبات المشروعة كالإقرار أو البيّنة أو النكول عن اليمين وخلت هذه البيّنة عن الطعون والاعتراضات من قبل الخصم، أو عجز عن إثبات طعونه أو اعتراضاته وجب على القاضي فصل الخصومة ببيان الحكم الشرعي فيها من خلال إصدار الحكم القضائي ولا يجوز له تأخير الحكم إذا حضرت أسباب الحكم وشروطه بتمامها، أي يكون واجباً على القاضي أن يحكم فوراً بمقتضى تلك الدعوى[2].

---

[1] ج.ر للجمهورية الجزائرية ،قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18صفر 1429 /25فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الكتاب الثاني في الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية الفصل الأول:في قسم شؤون الأسرة العدد 21 م36/423.

[2] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام برهان الدين محمد بن فرحون المالكي تعليق :جمال المرعشلي ج9/1 دار الكتب العلمية ط1416/1-1995

ثانيا: العمل الإصلاحي.

الصلح بين الخصمين هو جوهر العمل القضائي بل إنّ مقصد القضاء عموما هو السعي لقطع الخصومات وفض المنازعات، ، لذلك وجب على القضاة عرض الصلح، ومحاولة إنهاء النزاع بالتراضي بين الخصوم.والصلح ممّا أمر الله ورسوله به فقد قال الله تعالى: ﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ النساء: 128، وقال النبيﷺ:(الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرم حلالاً) [1]

و عن عمر بن الخطاب ﷺأنه قال:"ردّوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن"[2]

وهذا يدل على أنّ للقاضي دوراً إصلاحياً اجتماعياً من خلال عمله القضائي، بل هو الأقدر من غيره في كثير من الأحيان على تحقيق الصلح بين الخصمين، لما يتمتع من هيبة وإجلال في نفوس الخصوم، فيقع كلامه من نفوسهم موضع الاحترام والتقدير والقبول خاصة إذا كان متصفاً بصفات العدالة والنزاهة والحياد المطلق والتنزه عن المآرب والغايات الشخصية.

ويتأكد الصلح في المنازعات الأسرية.لتلافي الفرقة وتشتت الأسرة وضياع الأولاد لذلك أتى به المشرع في ق.أ بصيغة الجزم والتأكيد المركبة من النفي والإستثناء في المادة 49:[لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي...]

بل أوجب المشرع على القاضي –زيادة في التأكيد على الصلح –تعيين حكمين لرأب الصدع وإرجاع الأمور إلى نصابها ،كذلك بصيغة الجزم في المادة 56:[إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما] ،وقد نص ق.إ.إ.م على الصلح في 11 مادة من 439 إلى 449 مفتتحا بالتأكيد على وجوب الصلح فقالت م439:[محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية][3]،ولكنّ الغالب أنّ جهود القاضي والحكمين في الصلح لا تثمر ؛وهنا لا بد من وقفة تحليل وتأمل لفشل جهود الإصلاح المبذولة منهما.

أمّا الحكمان فقد عُطِّل دورهما في مجتمعنا إلا نزرا يسيرا في بعض المناطق ،أمّا جهود القاضي فالظاهر أنّ الكثير من القضاة يؤدون الصلح كعمل روتيني داخل في صميم وظيفتهم ،والمفروض أنّ الصلح يكون

---

1 البيهقي كتاب الصلح باب صلح المعاوضة رقم:11352ج108/6 وأعله ابن حزم بما خلط فيه(البدر المنير 87/2) ، والدارقطني كتاب الأقضية والأحكام ،كتاب عمر إلى أبي موسى رقم:4471 ج207/4 .

[2]تبصرة الحكام ج54/2.

[3]ق.إ.إم ج.ر م439 ع21 /37 .

عملا إصلاحيا دعويا يستشعر فيه القاضي بالأمانة والمسؤولية ورقابة الله تعالى ،ويرمق فيه مستقبل الأسر والمجتمع ، لذلك قال تعالى {إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما }،ومع الخلاف في مرجع الضمير هل الحكمان أو الزوجان ،إلاّ أنّ المقصود أعمّ وهو أنّ السّاعي للصلح سواء كان القاضي أو الحكمين أو الزوجين لا بد له من تحصيل نية الإصلاح أوّلا ؛أي الشعور بالأمانة والمسؤولية وإرادة قطع الخصومة.

وهناك أسباب أخرى لفشل جهود الإصلاح إضافة إلى ماتقدم وهي أسباب تقنية تنظيمية بالدرجة الأولى نختصرها فيما يلي:

1- كثرة القضايا من هذا النوع على قاض واحد، بحيث يتعذر مع هذه الكثرة إعطاء كل قضية حقها من بذل الجهد ومحاولة الإصلاح، لذا أصبح الصلح أمراً إجرائياً شكلياً، لا يستغرق سوى دقائق معدودة لا يتصور معها نجاح في تحقيق الصلح،. لذلك كان من الضرورة بمكان دعم الجهاز القضائي بالعدد الكافي من القضاة لكي يستطيعوا القيام بمهامهم الجليلة.

2- قلة الخبرة في عملية الصلح، مما يحتاج إلى تأهيل من خلال عقد دورات متخصصة في مجال الإصلاح والتوجيه الأسري، يُستعان فيها بأهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال، وتفعيل دور التفتيش القضائي الذي يقوم بدور الرقابة والتقييم لعمل القاضي وعلى أساس هذا التقييم يكون وضع القاضي المناسب في المكان المناسب، وبموازاة ذلك لا بد من التأكيد على حسن اختيار القضاة عند التعيين، فلا يعين إلا من كان أهلاً لتولي هذا المنصب العظيم.

الفرع الثاني : مفهوم السلطة التقديرية

البند الأول: تعريفها

أولا: لغة

السلطة في اللغة : السيطرة والتحكم والتمكن ،وسلطه : أطلق له السلطان

أما التقدير فهو: مصدر قدر ، ومعناه **التروي والتفكير** في تسوية أمر وتهيئته ،و**بيان المقادير** ذرعا ، أو كيلا ، أو وزنا ، أو عد ،**والنية والعزم** كقدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه **وقياس الشئ** كوضع قدر الشئ قاسه[1]

ثانيا : اصطلاحا:1-شرعا: يعتبر مصطلح السلطة التقديرية من المصطلحات الحديثة، فأصل الفكرة مأخوذ من فقه القانون الإداري ، ويقابله في الفقه الإسلامي الاجتهاد، والمصالح المرسلة، وقاعدة تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة، والتعازير، وقد وضع بعض الكُتَّاب المتأخرين تعريفات لها منها:

1 لسان العرب باب القاف م5/ج40ص3547 .

أنّ السلطة التقديرية هي التي لم ي رد بشأنها أحكام تفصيلية في نصوص الكتاب والسنة، فيما يتعلق بتنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها ورعاية الصالح العام، ممّا يقتضي درء المفاسد وجلب المصالح باعتبار روح الشريعة ومقاصدها العامة [1]..

2-قانونا:أ- في القانون الفرنسي السلطة التقديرية هي وسيلة نظامية تستفيد منها الجهة في اتخاذ قراراتها المعبرة عن سلطانها في تنفيذ أعمالها، أي أن "الاختصاص التقديري ينحصر في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه"[2]:

ب-أما القانون المصري فقد أقام تصوره عن السلطة التقديرية على مجموعة من الأسس أهمّها فكرة المصلحة العامة وعناصرها الداخلية وهي أهمية الوقائع، ووقت التدخل ووسيلة المواجهة، وربطها بعيب الانحراف والتعسف في استعمال السلطة، لذلك جاء مفهوم السلطة التقديرية شاملا لهذه الأسس، فالسلطة التقديرية هي"نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، واختيار وقت تدخلها، وتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة" [3].

البند الثاني: أساسها

أولا: أساسها الشرعي

كما قدمنا في تعريف السلطة التقديرية شرعا فإنّ هذا المصطلح يقابله من حيث المعنى في الفقه الإسلامي عدة معاني منها:

1-الاجتهاد :ويعرف على أنه استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم[4] ، والاجتهاد مما دلت عليه النصوص الكثيرة في الشريعة فمن ذاك قوله تعالى:﴿ وَلَوۡ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنۡهُمۡ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡ ﴾النساء: 83

ومن السنّة حديث معاذ:أجتهد رأيي ولا آلو[1]، وعن عمر بن الخطاب ﷺ(أنه كتب إلى شريح بأن يقضي بما في كتاب الله ، ثم بما في سنة رسول الله ﷺ، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ، ولا فيه سنة رسول الله ﷺ، فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به ثم ذكر اجتهاد الولي)[2].

---

1 الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،لدريني، فتحي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، ص105السلطة التقديرية، مفهومها وتأصيلها، المجلة العربية للدراسات الإسلامية، السنة13، ع25، الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص9

2 السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي محمود بركات دار النفائس ط2007/1 ص16.

3 نظرية التعسف في استعمال السلطة، ، سليمان محمد الطماوي ، دار الفكر العربي القاهرة: ، ط3 ص43

4 جمع الجوامع ص118.

2–منطقة العفو التي ذكرت في قوله ﷺ:(وسكت لكم عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها) وهي مايسمى بالإباحة وهي على ثلاثة أقسام:

أ- إباحة أصلية: وهي خاصة بالأفعال، التي لم يرد فيها حكم من المشرع.

ب- الإباحة الشرعية: وهي التي دل الدليل فيها على التخيير.

ج- الإباحة الطارئة: وهي التي وردت على خلاف حكم سابق كالرخص في أكثر أحوالها، والإباحة بعد نسخ الوجوب[3].

فتكون السلطة التقديرية هي الحيز أو الإباحة الشرعية، التي لم يرد بشأنها نص[4].

ثانيا: أساسها القانوني

إنّ الأساس القانوني للسّلطة التقديرية مرده إلى شيئين النصوص القانونية والمبررات الواقعية وسنعرض لهما كالتالي:

أ–النصوص القانونية : وهي كثيرة سواء في ق.أ. أو غيره فمن ذلك م7[تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر سنة،وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج]، وفي م8[..يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بزواج جديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية] إضافة إلى المواد المتعلقة بالتعويض في حالات النشوزم55 أو النفقة م79وغيرها.

ب–المبررات الواقعية: إن أهم مبررات السلطة التقديرية أنها ضرورة نظامية،وعملية، فالناحية النظامية كونها شرعت لتكملة وتنظيم الفراغ، الذي يوجد في دائرة النظام القانوني، لأن الوقائع المتجددة يصعب على المشرع التنبؤ بها أو إيجاد حلول لها قبل وقوعها ووجود السلطة التقديرية يجدد القانون من خلال تجدد الوقائع .

أما من الناحية العملية فللمبررات الآتية:

1- يصعب على المنظّم وضع قواعد تتلاءم مع التطور المستمر والمتغير للحياة الاجتماعية.

---

1 سبق تخريجه.

2 المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى محمد ضياء الرحمن الأعظمي باب ما يحكم به الحاكم رقم4169:مكتبة الرشد1422ه - 2001م الرياض ج38/6

3 الغيث الهامع م66/1 ، نظرية الإباحة عند الأصوليين الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور (ص36)

4 نجم الدين طوخي، كتاب التعيين في شرح الأربعين تحقيق أحمد حاج محمد عثمانمؤسسة الريان بيروت ط1 1419ه - 1998. ص24،

2- إن النظام يفرض قواعد ومبادئ عامة، ونظراً إلى اختلاف الظروف،والبيئات فقد يصعب توفير العدالة في ظل عموميات غير محدّدة، لذا جاءت فكرة السلطة التقديرية لتساعد على تحقيق العدالة والمساواة في مجال التطبيق.

3- السلطة المقيّدة تجعل الإدارة آلة، وليس لها أي دور في الابتكار، ولا يتفق ذلك مع المصلحة العامة في شيء.

المطلب الثاني: صور تعسف القاضي

الفرع الأول: في الاجراءات

إنّ إجراءات الصلح والتحكيم في فك الرابطة الزوجية من الإجراءات الهامة والأولية التي أوجب ق.أ. على القاضي القيام بها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه وجعلها إجبارية، وقد يظهر تعسف القاضي بتجاوزها ، وفي هذا الفرع نبين عبر بندين إجراءات الصلح ومدى مساهمة القاضي في إصلاح ذات البين، ونعالج في الثاني إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكمين والقاضي في فض النزاع بين الزوجين .

البند الأول : في إهمال جلسات الصلح

نص المشرع الجزائري في م 49 من ق.أ بأنه: [لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة] ، فالنصّ واضح في إلزام القاضي بإقامة الصلح بين الزوجين ، بعدّة محاولات ،و يحرّر محضرا بما توصل إليه من نتائج ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، حسب نص الفقرة الثانية من م 49 المذكورة أعلاه، وأن يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات، ثم يصدر القاضي حكمه.

ويجب على القاضي التدقيق في هوية الزوجين، لتجنب التدليس كما يفعل بعض الأزواج بالإتيان بامرأة غير زوجته المعنية بالأمر، للحصول على الاتفاق على الطلاق والتنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة .

وأكّدت القرارات الصادرة عن المحكمة العليا على إجراءات الصلح قبل إصدار الحكم بالطلاق كالقرار الذي جاء فيه :[من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون][1].

ولا ينقض هذا بالقرار الصادر عن المحكمة العليا والذي اعتبر أنّ إجراءات الصلح ليست من الإجراءات الجوهرية : [.. إنّ محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق أو التطليق تصدر دائما نهائية][2] لأن المقصود حالة دون حالة.

فإذا تجاوز القاضي مرحلة الصلح إلى مناقشة القضية يكون بذلك متعسفا ومخالفا للقانون، إلا إذا غاب أحد الخصمين كما جاء في قرار للمحكمة العليا أن [...عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأنّ م49 من ق.أ تحدد مدة إجراء الصلح بثلاثة أشهر...] [3]

البند الثاني: إهمال إجراءات التحكيم

نصّت المادة 56 من ق.أ:[إذا اشتد الخصام بين الزوجين..].

يفيد نصّ هذه المادة أنّ التحكيم وجوبي وإلزامي في دعاوى الطلاق، إذا توفر شرط اشتداد الخصام وشرط عدم ثبوت الضرر ، فأول ما يباشره القاضي هو العمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم وإن كان لم يتطرق إلى كيفية تعيين الحكمين وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناءها إلى غير ذلك من الإشكاليات.

أما كيفية التعيين وصفات الحكمين فالقاضي يعينهما سواء من تلقاء نفسه تطبيقا للقانون أو بناءا على طلب واختيار الزوجين، ويجب عليه أن يراعي قرابتهما من الزوجين و تأثيرهما عليهما وقدرة كل منهما على حل النزاع ، وهنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الحكمين العدلين الذين يمكن لهما حل النزاع المطروح.

وعليهما أن يقدما تقريرا إلى القاضي الذي عينهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما يشتمل على النتائج التي توصلا إليها وعلى اقتراحاتهما لحسم الخلاف . سواء توصل الحكمان إلى إيجاد حل للنزاع أم لا، وعليه فيجب على القاضي أن يؤجل الفصل في الدعوى بعد عمل الحكمين وهذا ما ذهبت إليه

---

1 م.ق: بتاريخ 1991/06/18ع1992/1

2 م.ق بتاريخ 1998/07/21ع2000/2

3 م.ق بتاريخ1998/06/15 ع2000/2.

المحكمة العليا في قرارها الصادر والذي جاء فيه "... من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي قضي بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 49، 55، 56 من ق.أ يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون وتجاوز اختصاصه ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.." [1]

ولا يشترط أن يكون تقريرهما معللا ، كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين وفقا لسلطته التقديرية ، وهو غير ملزم بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم وتصدى للفصل في موضوع الدعوى، لكن الغالب أن القضاة يكتفون بجلسات الصلح فقط ويهملون التحكيم[2].

الفرع الثاني: في إيقاع الفرقة

أعطى ق.أ. مزيدا من الصلاحيات للقاضي فيما يتعلق بالطلاق حيث قصر وقوع الطلاق على القاضي دون غيره ففي م 49معدلة:[لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي ...]وفي م 53مكرر:[يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق..]،وهذه المواد مقيدة للمادة 48معدلة :[مع مراعاة أحكام المادة 49أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ..]، قد يقال إن المادة قضت بأن الطلاق بيد الزوج أو بإرادة الزوجين ؟ فيجاب أن ذلك من شروط الكمال لذلك عبرت المادة بكلمة لا يتم فإرادة الزوج من المتممات لا من شروط الصحة ،لأن م 49 عبرت بصيغة الثبوت أي لا يثبت الطلاق ولا يتحقق خارجا ولا تنتج عنه آثاره إلا من القاضي.

إذا فقد أصبح الطلاق حقا للقاضي فما حكم ذلك؟ وهل يعتبر ذلك تعسفا ؟وماذا لو تعسف القاضي في الحكم بالطلاق ؟هذا ما سنحاول الإجابة عنه بنظرة شرعية وقانونية .

البند الأول: تقييد الطلاق بيد القاضي

أولا: شرعا

الفرقة قد يوقعها الزوج أو الزوجة أو القاضي أو الحكمان ،إلاأن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج لأن كل النصوص الواردة في الطلاق تدل على أن الطلاق بيد الرجل كقوله تعالى:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ

---

1 م.ق بتاريخ 1989/12/25

[2] الوجيز شرح ق.ا.ج75/2.

ٱلنِّسَآءَ ﴾ البقرة: 231 ،وغيرها من الآيات ومن السنة قولهﷺ:إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"[1] ، ثم إنّ الرجل المطلق لا يسأل عن سبب الطلاق عند إقدامه عليه ، وذلك لأسباب كثيرة منها :

1 - كون الطلاق مباحا أصلا عند الجمهور كما تقدم ، إباحة مطلقة عن أي شرط أو قيد .

2–حفظ أسرار الأسرة ،وكرامة الزوجة وسمعتها .

3 – خفاء السبب كالنفور الطبيعي بينهما أو عدم التلاؤم في الأخلاق والطباع ، فإنها أمور نفسية يعسر إثباتها ؛فكيف يستطيع أن يثبت بغضه لها وكيف يقدره القاضي؟ وهل يحكم القاضي في هذه الحالة بالطلاق ؟فإن حكم به فالزوج أولى ؟وإلا فالبغض باق ولا يمكن أن يشعر الزوجان بالسكن إلى بعضهما ، والمصلحة تقضي بقطع هذه العلاقة وإنهاء الرباط ، وقد يكون سبب عدم الوفاق مما تأبى كرامة الأسرة ومستقبل الأبناء إعلانه،فإذا فرض على الناس تبريرها:فإما أن يأبوا سترا على أنفسهم أمام المحاكم ؛ وإما أن يعلنوا فيلحقهم العار، مما يترتب عليه أضرار بليغة كأن يلجأ الزوج إلى طرق أخرى للتخلص من زوجته إما بكيل التهم أو بارتكاب جريمة كما هو الحال في الغرب وبالتالي يصبح القضاء معول هدم ينخر في المجتمع

4 – التبعات المالية من مهر مؤجل ، ونفقة ومتعة وتعويض وأجرة حضانة للأولاد . . قرينة كافية على قيام أسباب مشروعة تدعوه للطلاق .

وإنّ تقييد الطلاق بهذه القيود الثقيلة سوف يكون سبباً في إغلاق باب الزواج ونفور الناس منه ، لأن من يعرف أنه إذا دخل بابا سيغلق عليه ،لا يدخله أبداً ، وبذلك تشيع الفاحشة وتنحل الأسرة ويستشري الفساد.

أما الزوجة فتملك طلب إنهاء علاقتها الزوجية لأسباب كإعسار الزوج بالنفقة ، وغيبة الزوج ، ، ولكن ذلك لا يكون بعبارتها ، وإنما بقضاء القاضي ، إلا أن يفوضها الزوج بالطلاق ، فإنها في هذه الحال تملكه بقولها أيضا .لكن الطلاق في هذه الحالة من جهة الزوج لأنه هو المفوض.

فإذا اتفق الزوجان على الفراق ، جاز ذلك ، وهو يتم من غير حاجة إلى قضاء .

أما القاضي ، فإن له التفريق بين الزوجين ، لحماية لحق الله تعالى كما في ردة أحد الزوجين المسلمين أو إسلام أحد الزوجين المجوسيين وامتناع الآخر عن الإسلام وغير ذلك . . إلا أن ذلك كله لا يسمى طلاقا سوى الأول الذي يكون بإرادة الزوج الخاصة وعبارته.

أما الحكمان فلهما إيقاع الفرقة لأن الشرع منح لهما هذه السلطة بتسميتهما حكمين.

ثانيا: قانونا

---

1 ابن ماجه ،كتاب الطلاق باب طلاق العبد رقم: 2031-672/1 .

تقدم أن ق.أ قيد حق الطلاق كما يبدو من النصوص التي أوردناها آنفا ،ويكون بذلك توسط بين الإفراط أي من يريد أن يلغي حق المرأة نهائيا تبعا لتقاليد موروثة – والتفريط –أي المساواة بين المرأة والرجل في الطلاق —كما هو ديدن الجمعيات النسوية — فتملص من طرفي النقيض بذكاء حيث جعل للمرأة حق المطالبة بالطلاق في م 53معدلة ،ولم يعطها حق الطلاق ولا يعترض على ذلك بالخلع لأنّه ممّا شرعه الله حقا للمرأة ،لكن يعاب عليه في الخلع أنه لم يقيده كما قيده الشرع في قوله تعالى:{إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله }حيث جعل القانون الخلع بابا مشرعا تفر منه كل امرأة من عش الزوجية بسبب أو بدونه ، وهذا يدل على تناقض بيّن في القانون حيث أنه يسعى للتقليل من الفرقة بتقييد الطلاق من يد الزوج وفي المقابل أطلقه في يد الزوجة بالخلع وبغير إذن الزوج ،وكان الأجدر لتحقيق هذه المقاصد أن يقيد الخلع أيضا على الأقل بأن يجعله بيد القاضي.

ويمكن القول أن ق.أ له مبرراته في ذلك ومن أهمها :

1-كثرة الطلاق خاصة من السفهاء والشباب حدثاء الأسنان .

2-الضغط الكبير من الجمعيات النسوية على المنظومة التشريعية ؛سعيا لإثبات وجهات النظر الغربية ،التي تريد أن تبسط ثقافتها في إطار عولمة القيم والحضارة .

ونحن نميل إلى تقييد الطلاق لكن بأن ينصب على السفهاء وفئة الشباب الذين لم يبلغوا الأشد ولم يكتمل عقلهم بعد فيما يتعلق بالأسرة ،ونفس الشئ يقال عن الخلع بالنسبة للزوجة، أي تقييد الخلع فيما يخص النساء السفيهات واللائي هن في مقتبل العمر، ويمكن الاستعانة في ذلك بالخبراء من أطباء نفسيين وعلماء اجتماع .

وبناء على ذلك فإن إسناد الطلاق بيد القاضي ليس تعسفا مطلقا ،ولا حقا مطلقا بل ينظر إلى حالات القصور كالسفه والصغر والجنون والمراهقة المتأخرة وغيرها من الحالات التي تستوجب تقييد الطلاق

ثالثا : الإشكالات الشرعية والقانونية من تقييد الطلاق بيد القاضي

تثور عدة إشكالات شرعية وقانونية في معرض الحديث عن تقييد الطلاق وجعله بيد القاضي ،ممّا يجعل اجتهاد المشرعين في مهب عواصف قوية من الانتقادات .

حيث جزمت م 49معدلة أنّ[الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح ..] وفي هذه المادة الكثير من التساؤلات نثيرها كما يلي:

1-ثبوت الطلاق بحكم ،والأصل أنّ الطلاق يثبت بمجرد نطق الزوج إما صراحة أو كناية أو بوصول الكتاب في الكتابة أو بوقوع المعلق عليه في التعليق فاعتبار الحكم هو الموجب لإيقاع الطلاق يلغي اعتبار لفظ الزوج وفي هذا مخالفة صريحة لمعلوم من الدين بالضرورة.

2-الحكم الذي يثبت الطلاق لا يكون إلا بعد عدة محاولات صلح يجريه القاضي ،فإما أن ينجح في الصلح أولا ،فإذا فرضنا أنه نجح في الصلح فذلك معناه بطلان الطلاق الذي تلفظ به الزوج أي فللزوج أن يرجع زوجته حتى ولو طلقها البتة وفي هذا ما لا يخفى من إبطال أحكام الله تعالى وتسهيل أحكام الطلاق الخطيرة أمام الناس وخاصة الدهماء منهم ،وكان من المفروض أن يفصل في ذلك على الأقل فيفرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى فلا مجال للرجعة أو للصلح فيه وبين وغيره .

3-ابتداء العدة يكون من يوم الطلاق فتخرج المرأة من عدتها بأول الحيضة الثالثة إن طلقت بطهر أو بأول الرابعة إن طلقت بحيض ،فإذا فرضنا أن مطلقة عادتها الشهرية يومان وأقل الطهر خمسة عشر يوما فإنها تخرج من عدتها في شهر ،لكن هذه المادة التي أوجبت الحكم ومحاولات الصلح والرفع للقاضي تجعل مدة العدة أطول ،وهذا ضرر بين للمرأة من حيث أراد المشرع أن ينفعها .

وأمّا م 50:[من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد] ففيها كذلك إشكالات منها :

4-الضابط في الطلاق الرجعي والبائن هو مدة العدة ،فإذا انتهت العدة أصبح الرجعي بائنا ،لكن هذه المادة جعلت الضابط هو مدة محاولات الصلح فمن راجع أثناء ها فالطلاق رجعي وإلا فبائن ،مع العلم أن محاولات الصلح قد تطول وتكون ضعف مدة العدة كما في م49، وهذا أمر بالغ التهافت لأن البائن يصبح رجعيا إن راجع في مدة الصلح والرجعي يصبح بائنا بعد صدور الحكم .

وعليه نقترح على المشرع أن يعدل هاتين المادتين على النحو التالي :م49[يثبت الطلاق بوقوع موجبه من قول أو كتابة أو تعليق ولا صلح إلا في الرجعي أو البائن بينونة صغرى].

م50:[من راجع زوجته أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعدها احتاج لعقد جديد].

البند الثاني: الحكم بالطلاق

أولا: تعدي مجال اختصاصه

أ–شرعا:سبق وأن تعرضنا للفرق التي تحتاج لقضاء القاضي والتي لا تحتاج وخلصنا إلى أن الفرق نوعان فسخ وطلاق، فأما الطلاق فلا يحتاج لقضاء سواء كان بمال أولا ،وأما فرق الفسخ فنوعان فسخ لا يحتاج لقضاء وهوالفسخ بأحد الأسباب الأربعة وهي :فساد العقد ،طروء حرمة المصاهرة ،ردة أحد الزوجين واللعان ،وفسخ يحتاج لقضاء وهو الفسخ لعدم الكفاءة ،والغبن في المهر ،وخيار البلوغ والإفاقة،وإباء أحد الزوجين الإسلام.وعليه فإن مجال تدخل القاضي واضح وينحصر في الأمور التالية:

1-الفسخ للأسباب المذكورة .

2-التطليق للضرر.

وبناء على ذلك لا بد من تحديد صلاحيات القاضي في إيقاع الفرقة فليست كل فرقة يتدخل فيها القاضي وإلا كان ذلك تعديا على حق الزوج وتعسفا من جهة القاضي.

ب-قانونا

قصر ق.أ انحلال الرابطة الزوجية على الطلاق أو الوفاة ولم يدرج الفسخ ضمنها إلا إشارة في م 34:[كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول..][1]

وأول ما يلاحظ هو الغموض الذي يكتنف الطلاق والفسخ مما يوقع القاضي في حيرة تجعله لا يعرف مجال تدخله من عدمه .

والملاحظة الثانية أن الآثار المترتبة على كل منهما متغايرة فكيف يستطيع القاضي أن يرتب الآثار على كليهما وهو لا يعرف ضابطهما وعليه نقترح على المشرع أن يعيد صياغة هذه المادة على النحو التالي:"تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق صريحا أو كناية سواء من الزوج أو ممن فوض له الطلاق أوخلعا وبالفسخ إذا وجد المقتضي ،وبالوفاة".

ثانيا: سلطته في تقدير التعويض والرقابة على ذلك

1-سلطته في تقدير التعويض

متى تبين للقاض تعسف من جهة الزوج في إيقاع الطلاق قام بالتعويض للمطلقة حسب نص م 52معدلة:[إذا تبين للقاضي تعسف الزوج..] .لكن قبل ذلك ، وجب عليه أن يتبين كما نصت المادة "إذا تبين"والمقصود بالتبين التثبت والتحقق وذلك يكون بما يلي:

أ-أن يفهم الوقائع المطروحة أمامه،من خلال الإستماع إلى الزوجين لضبط ماجرى بينهما.

ب-تنزيل تلك الوقائع على معايير التعسف المذكورة في م 124مدني ،لبيان المطابقة لتلك المعايير من عدمها.

ت-تكييف تلك الوقائع بتطبيق النص القانوني الملائم عليها من خلال التأكد بأنها كافية لتشكل أركان التعسف .

ث- تقدير التعويض بناء على ماتقدم من التعسف وإلاّ فلا تقدير ولا تعويض.

1 ق.أ.ج.ر.م40 العدد 15 ص21

ج-اختيار طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو الأنسب لإصلاح الضرر أي مقسطا، أو إيرادا مرتبا، كما نصت م 132من ق.م:[يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ،ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ،ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا ،ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ،أن يأمر بإعادة الحالة إلى ماكانت عليه ،أو أن يحكم ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع][1]. كما وضع المشرع مجموعة من العناصر والمعايير أوجب على القاضي الاعتماد عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو يضيف لها عناصر جديدة ،وقد أوضح المشرع عناصر أخرى في تقدير التعويض وتتمثل هته العناصر في وجوب مراعاة:

- الضرر المباشر المحقق.
- الضرر المتغير.
- ما لحق من خسارة وما فاته من كسب.
- الظروف الملابسة ومدى حسن النية.

إنّ تقدير التعويض هو حق للقاضي وحده وعليه فقد يقع فيه التعسف لذلك كان تقدير التعويض مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الاضطلاع بها استبعاد كل إجحاف أو مغالاة والابتعاد عن الميولات والأهواء النفسية .

لذا مكّن المشرع القاضي من اللجوء إلى ذوي الخبرة والاختصاص إذا استعصت عليه أي مسألة بموجب م126 من ق.إ.إ.م:[يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة][2]وما يليها من المواد المتعلقة بالخبرة إما إعطاء الوصف الحقيقي أو التكييف القانوني للوقائع ،وعليه يظهر تعسف القاضي في التعويض في النقاط التالية :

أ-تجاوز مراحل التقدير من الاستماع إلى الوقائع وتنزيلها وتكييفها .

ب-تقدير التعويض على غير ماتقدم من الخطوات والمراحل .

ج-ترك مراعاة ظروف المطلق المتعسف المادية مما يوقعه في حرج .

ومثال تعسف القضاة في هذا ما قضت به المحكمة العليا في قضية الحكم للزوجة بالتعويض دون وجود المبرر من تعسف أو نشوز :[من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو

---

1 ق.م/ ص24.

2 ق.إ.إ.م الجريدة الرسمية م126 العدد 13/21 .

تعسفه في الطلاق ،ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ،ومتى تبين —من قضية الحال–أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز ،فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا].[1]

2–رقابة المحكمة العليا على القاضي

إنّ القاضي له حرية التقدير بدون أن يتدخل أحد في ذلك ،إلا أن الضرر إما أن يكون ماديا أو يكون معنويا فإذا كان الأول؛ وجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، لأن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب ؛إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر، حتى يكون مستحقا للتعويض.وذلك مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من كون الضرر ماسّا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حالا أو مستقبلا أو بأنه إحتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي[2].

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم فلا يبيِّنون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، والأمثلة في هذا الصدد كثيرة منها ما جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة البليدة: [حيث أن إخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدي قد ألحق ضررا بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانونا...][3]".

وهو مناقض لقرار صادر عن المحكمة العليا [حيث أن قضاة الاستئناف اكتفوا بحساب الغرامة المحكوم بها من طرف القاضي الاستعجالي فقط، في حين أنه وبناءا على المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية، يلتزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر وتقديره قصد مراجعة وتصفية الغرامة].[4]

وأما الرقابة على عناصر تقدير التعويض فللمحكمة العليا ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض ،فقد جاء في قرار صادر ما يلي:

---

1 م.ق ملف رقم:210451بتاريخ 1998/11/17

2الوجيز في شرح ق.م. حسين قدادة ديوان المطبوعات الجامعية ط4–2010 ج172/1.

3 م.ق ملف رقم 20/209 بتاريخ 2000/05/0020ع69/2

4 م.ق ملف رقم: بتاريخ 2002/07/25 ع33/2

[إنّ قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا بسبب الضرر به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال واعتمدوا في ذلك على عناصر تقرير الخبرة وعلى محضر معاينة المحرر بتاريخ 96/11/17 وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا][1]

إلا أن هناك بعض قرارات المحكمة العليا لم تلتزم بهذا المبدأ.فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي [حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع،ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني][2].

فلم يشترط هذا القرار ذكر العناصر التي استعملها القاضي للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، بل اكتفى بوجوب معاينة الطابع التعسفي للتسريح، والضرر المادي والمعنوي الناتج عنه.

أما تقدير التعويض عن الضرر المعنوي . فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبها المشرع والمستعملة في ذلك لارتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية وإنما هو شخصي، فقد جاء في قرار صادر ما يلي :[حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي، حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يرتكز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل خاص علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه][3].وكذلك ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا : [حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا][4]فهذا النوع من التعويض هو الذي يقع فيه التعسف في التقدير من جانب القاضي لعدم خضوعه لرقابة المحكمة العليا .

---

1 م.ق ،ملف رقم : بتاريخ 2002/07/25ع35/1

2 م.ق ملف رقم: بتاريخ 2001/02/14، ع56/2

3 م.ق منف رقم : بتاريخ 81/12/10،ص65

4 م.ق ملف رقم : بتاريخ 92/02/18ع68/1

الفصل الثالث

في آثار التعسف في فرق الزواج

المبحث الأول:أساس إثبات التعسف

المطلب الأول:أساس التعسف

المطلب الثاني:إثباته

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول :مفهوم التعويض

المطلب الثاني: أساس التعويض

المطلب الثالث : تقدير التعويض

الفصل الثالث: في آثار التعسف في فرق الزواج

المبحث الأول:أساس إثبات التعسف

المطلب الأول: أساس التعسف

والمقصود بيان المرتكزات الشرعية والقانونية التي تقوم عليها نظرية التعسف، والغرض الاستناد إلى قواعد تنظيمية تحكم تشخيص التعسف ومقاضاته لضبط التصرفات التي تعتبر تعسفا ضبطا صحيحا حتى يكون الحكم مصيبا، بعيد عن الاعتباطية وخبط العشواء .

الفرع الأول: الأساس الشرعي

التعسف تتناوله عدة نصوص حاصلها يندرج تحت عنوانين نصوص زواجر ونصوص جوابر:

البند الأول: الزواجر

أولا: النهي عن الضرر

قوله تعالى :﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾البقرة: 231 قال الرازي :" لقائل أن يقول : فلا فرق بين أن يقول : {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ } وبين قوله : { وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا } لأنّ الأمر بالشيء نهي عن ضده فما الفائدة في التكرار؟.

والجواب : الأمر لا يفيد إلا مرة واحدة ، فلا يتناول كل الأوقات ، أمّا النّهي فإنه يتناول كل الأوقات ، فلعله يمسكها بمعروف في الحال ، ولكن في قلبه أن يضارّها في الزمان المستقبل ، فلما قال تعالى : { وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا } اندفعت الشبهات وزالت الاحتمالات[1] .

وقوله تعالى:﴿ لَا تُضَآرَّ وَالِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾ البقرة: 233 وقوله تعالى:﴿ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾البقرة: 282 وقوله تعالى ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ ﴾النساء: 12وقوله تعالى ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾الطلاق: 6

ومن السنة :الحديث المشهور (لا ضرر و لا ضرار)[2]

ثانيا : النهي عن الاعتداء

قوله تعالى:﴿ وَلَا تَعْتَدُوٓا ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾ البقرة: 190 وقوله تعالى:﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾البقرة: 194

---

1 التفسير الكبير ج109/6 .

2 سبق تخريجه.

ثالثا: النهي عن الإيذاء

قوله تعالى :﴿ وَٱلَّذِينَ يُؤۡذُونَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ بِغَيۡرِ مَا ٱكۡتَسَبُواْ فَقَدِ ٱحۡتَمَلُواْ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا ﴾ الأحزاب: 58 وقوله ﷺ(المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده)[1]

رابعا: النهي عن أكل اموال الناس بالباطل

قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾النساء: 29 وقولهﷺ:(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه).[2]

البند الثاني: الجوابر

ونقصد بها ما شرع لتعويض التالف وجبر الفائت وذلك معنى الضمان في الشريعة الإسلامية والنصوص في ذلك كثيرة وقبل أن نستعرضها لا بد أن نوضح مفهوم الضمان .

أولا: الضمان

1-تعريفه

أ-لغة:حاصل معانيه **الإلتزام** كضمنت المال ، إذا التزمته **و الكفالة** كضمنته الشيء ضمانا ، فهو ضامن وضمين ، إذا كفله **و التغريم** كضمنته الشيء تضمينا ، إذا غرمته ، فالتزمه [3].

ب-شرعا

تنوعت عبارة القفهاء في تعريف الضمان ما بين موسع ومضيق منها:

عند الأحناف هو :"عبارة عن رد مثل الهالك ، إن كان مثليا ، أو قيمته إن كان قيميا غمز"[4]

وعند الشافعية:"هو التزام دين أو إحضار عين أو بدن "[5]

وعند المالكية: "شغل ذمة أخرى بالحق "[6] والراجح من هذه التعاريف هو تعريف المالكية لشموله للكفالة والضرر المادي والضرر المعنوي .

---

1 متفق عليه البخاري كتاب الإيمان باب المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده حديث رقم 10ص5 .

2 متفق عليه البخاري كتاب الديات باب قوزل اله تعالى :{أن النفس بالنفس} حديث رقم:6878 .

3 القاموس المحيط ج4/ 239 .

4 عيون البصائر للحموي شرح الأشباه والنظائر ، لابن نجيم الحنفي. دار الكتب العلمية ط6.ج4 /65.

5 حاشية القليوبي على شرح المحلي على المنهاج ج2 / 323.

6 جواهر الإكليل للآبي ، شرح مختصر سيدي خليل ط : دار المعرفة في بيروت ج2 / 109.

2-مشروعيته

أ-الكتاب :قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ يوسف: 72 أي كفيل ضامن ، فقد ضمن يوسف عليه السلام لمن جاء بصواع الملك – وهو إناؤه الذي كان يشرب به – قدر ما يحمله البعير من الطعام .

و قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾ النحل: 126

ب-السنة : حديث أنس رضي الله عنه قال :أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاما في قصعة ، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها ، فقال النبيﷺ: (طعام بطعام ، وإناء بإناء)[1]

وحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه قال : قال رسول اللهﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) [2].

وحديث البراء بن عازب أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله ﷺ أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها ، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها ، وأن ما أصابت الماشية باللّيل فهو على أهلها[3].

وحديث النعمان بن بشير رضي الله عنه، قال : قال رسول اللهﷺ: (من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين ، أو في سوق من أسواقهم ، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن)[4]

ت-الإجماع :قد أجمع الفقهاء على أن الدماء والأموال معصومة والأصل فيها الحظر ولا يحل شئ منها إلا بحق.[5]

ثالثا:المعاملة بالمثل

ويتجلى ذلك في عدة نصوص من الكتاب والسنة منها :

قوله تعالى :﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾ النحل: 129 ،وقوله تعالى:﴿ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ المائدة: وقوله تعالى : ﴿

---

1 الترمذي أبواب الأحكام باب ما جاء فيمن يكسر له الشئ ما يحكم له من المال رقم:1359 م33/3 وقال حسن صحيح.

2 الترمذي أبواب البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤدّاة رقم:1266 م544/2 ،وقال هذا حديث حسن وأشار ابن حجر في التلخيص إلى إعلاله.فقال:والحسن مختلف في سماعه من سمرة تلخيص الحبير كتاب العارية ج177/3.

3 المسند حديث البراء بن عازب، رقم:18513 ج222/17 (4 / 295) والحاكم وصححه كتاب البيوع رقم:2358 ج2 /60 . ووافقه الذهبي كتاب البيوع دار المعرفة بيروت ج48/2

4 الدارقطني كتاب البيوع رقم:3385 ج236/4 ، والبيهقي (8 / 344) وضعف البيهقي

5 جامع العلوم والحكم ص112.

﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا ﴾الشورى: 40 وقوله تعالى ﴿ وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعۡدَ ظُلۡمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيۡهِم مِّن سَبِيلٍ ﴾ الشورى: 41 وقوله تعالى﴿ وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا فَلَا يُسۡرِف فِّي ٱلۡقَتۡلِ ﴾الإسراء: 33

الفرع الثاني: الأساس القانوني

إضافة إلى النصوص القانونية –التي جعلت التعسف في استعمال الحق مبدأمن المبادئ الجوهرية التي تسود جميع نواحي القانون –فإنّ التعسف يقوم كذلك على أسس أخرى،هي عبارة عن نظريات عامة لها تطبيقاتها في كافة المناحي ، وسنبدأ بالنصوص القانونية ثم نثني بالأسس الأخرى .

البند الأول: النصوص القانونية

سبق أن ذكرنا المادة التي نصت على هذا المبدأ وهي م 124 من ق.م. في القسم الأول منه و الذي عنوانه :المسؤولية عن الأفعال الشخصية والتي نصت :

[يشكل الاستعمال التعسفي للحق لا سيما في الحالات الاتية...]

البند الثاني: النظريات العامة

اختلف أهل القانون في نظرية التعسف على أي أساس تقام ؟هل تندرج في نطاق المسؤولية التقصيرية ؟أم أنها أوسع منها ؟ فالحاصل في ذلك قولان نفصلهما كما يلي :

أولا:اندراجها ضمن المسؤولية التقصيرية

يذهب الفقه والقضاء الفرنسيان الحديثان وأغلب المؤلفين العرب إلى إدخال نظرية التعسف في استعمال الحق في نظام المسؤولية التقصيرية، ويعتبر المتعسف قد ارتكب خطأ في استعمال حقه ويتحقق ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي وذلك سواء أكان الخطأ جسيما أم يسيرا ،واستدل القائلون بذلك أن التعسف خطأ يوجب التعويض والتعويض هنا سواء عينا أو نقدا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة

لكن يشكل على هذا الطرح أنّ التعسف قد يتحقق دون أن تتوافر مقومات الخطأ وذلك إذا ابتعد الشخص عن غاية الحق دون أن يكون مخطأ، ولو بذل في استعمال حقه الحيطة والتبصر التي يبذلها الرجل العادي.

ثانيا:استقلالها عن المسؤولية التقصيرية

ويذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى إبعاد التعسف عن المسؤولية التقصيرية إذ أنّ نطاق

التعسف أوسع من ذلك لأنه إذا كان من الممكن إقامة الصورة الأولى الواردة في المادة 124 التي يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه قصد الإضرار بالغير، على أساس الخطأ فيها ، فإنه يمكن كذلك تطبيق نفس الفكرة على مضارّ الجوار غير المألوفة وهذه لا تدخل ضمنها .

ويلاحظ أنّ الفقه الفرنسي نفسه قد انتهى إلى أنّ التّعسف لا يقوم على أساس الخطأ، بل يسأل الشخص عن الضرر الذي يلحقه بالجار ولو لم يكن مخطأ . ويرى الأستاذ علي سليمان أن: " التعسف في استعمال الحق قد استُمدِّت قوانينه العربية من الشريعة الإسلامية أصلا، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل تنظر إليها نظرة موضوعية ... فيعتبر التعسف في استعمال الحق مستقلا عن نظام المسؤولية التقصيرية ...."[1].

وعلى هذا الأساس يكون نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية ومن الأفضل اعتبارها تطبيقا لقواعد العدالة، فالمبالغة في الشيء حتى ولو كانت في إطار القانون، تؤدي إلى الفوضى وإلى مخالفة القانون لذا يجب تقييدها ومسائلة الشخص عنها إذا ترتب على هذه المبالغة في استعمال الحق ضررا للغير.

المطلب الثاني: إثباته

الفرع الأول: مفهوم الإثبات

البندالأول: تعريفه

أولا: لغة

الإثبات لغة هو إقامة الثبت وهو الحجة[2].

ثانيا: اصطلاحا

أطلق الفقهاء الإثبات وأرادوا به المعنى العامّ والمعنى الخاص فالأول:هو إقامة الحجة مطلقا على حقّ أم على واقعة ،أمام القاضي أم غيره ،عند التنازع أم قبله ،حتى أطلقوه على توثيق الحق والدين وتأكيدهما عند الإنشاء ،وعلى كتابة المحاضر والسجلات ..إلخ

أمّا المعنى الخاصّ فهو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة تترتب عليها آثار شرعية وهو المقصود في موضوعنا هنا [1]

---

[1] دعاوى التعسف وإساءة استعمال ص12

[2] الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية إسماعيل بن حماد الجوهري ت:أحمد عبد الغفور عطار دار العلم للملايين بيروت ط1376/1-1956فصل الثاءم1 /245

البند الثاني: المكلف بالإثبات

أولا: شرعا:

أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أنّ الإثبات يطلب من المدعي ، لقولهﷺ:(البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر)[2]، والحكمة أنّ المدعي يدعي أمرا خفيا ، وللبينة قوة إظهار ؛ لأنها كلام من ليس بخصم ، وهم الشهود ، فجعلت حجة للمدعي . واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله تعالى ، لكنها كلام الخصم ، فلا تصلح حجة مظهرة للحق ، وتصلح حجة للمدعى عليه ؛ لأنه متمسك بالظاهر ، فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر. فكان جعل البينة حجة المدعي ، وجعل اليمين حجة المدعى عليه ، وضع الشيء في موضعه ، وهو غاية الحكمة .لكن التمييز بين المدعي والمدعى عليه يحتاج لفقه ودقة حتى أن القضاء برمته مبني على ذلك كما قال ابن عاصم:

تمييز حال المدعي والمدعـــــى عليه جملة القضاء جمعـــــا [3]

ثانيا: قانونا

نصت م 3 من الأحكام التمهيدية من ق.إ.إ.م:[يجوز لكل شخص يدعي حق رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته ،يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم يلتزم القاضي والخصوم بمبدأ الوجاهية][4].

ونصت م 13منه :[لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ..][5].

من خلال تحليل المادتين نجد أنّ المشرع أتاح لكل شخص حق التقاضي بلا استثناء حتى فاقد الأهلية ،لذلك لم يجعل ق.إ.إ.م الأهلية كشرط لإنشاء الدعوى ولكن لمباشرتها ، إلا أن التقاضي لا يكون إلاّ من توفرت فيه الصفة أو المصلحة والإذن لناقص التمييز ،فقبل التكليف بالإثبات لابدّ أن يكلف الشخص ببيان صفته في التقاضي أو مصلحته تحت طائلة عدم القبول .

أمّا عبء الإثبات فيقع على من يدعي وجود الحق ابتداء فمن يدعي إصابته بضرر من عمل غير مشروع يكون مكلفا بإثبات واقعة الفعل الضار بكافة الطرق، بأن يقدم للقاضي أدلة الضرر الذي لحقه،

---

1 وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية د.محمد الزحيلي مكتبة دار البيان دمشق ط1/1402-1983 ص22

2 جزء من حديث رواه البيهقي من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، وأصله في الصحيحين بلفظ " اليمين على المدعى عليه

3 متن العاصمية تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام أبو بكر بن عاصم الأندلسي المكتبة التجارية ب.ت.ط .ص4.

4 ق.إ.إ.م.ج.ر 3ص3.

5 ق.إ.إ.م ، م 13ص4 .

وأدلة الخطأ الذي وقع من جانب المدعي عليه، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرربناء على اندراج التعسف في المسؤولية التقصيرية.

وفي حالة دفع الادعاء من جانب المدعي عليه يقع على الأخير عبء الإثبات ، ونفس الشيء بالنسبة للمدعي عليه الذي ينكر وقوع خطأ منه أو ينكر رابطة السببية بين سلوكه والضرر الذي أصاب المدعي في دعوى الفعل الضار.

وإذا وجدت قرينة قانونية في حالات الخطأ واجب الإثبات وكانت مقررة لصالح أحد الخصوم ؛فإنه يعفى من إثبات الواقعة المتعلقة بها ،وعلى الخصم الأخر يقع عبء إثبات عكس تلك القرينة القانونية [1]

وقد سبق وأن تكلمنا على معايير التعسف الواردة في المادة وبناء على هذه المعايير يقوم الشخص (الزوج أو الزوجة) المتعسف في حقه بإثباته، وإذا قلنا أنّ الأصل في الطلاق الإباحة فلا يكلف الزوج ببيان الأسباب بل تكلف الزوجة ببيان التعسف ،أمّا إذا قلنا أن الأصل فيه الحظر فيكلف الزوح ببيان الأسباب وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا:[على الزوج إثبات أنّ الطلاق لم يكن تعسفياً لأنّ الطلاق مكروه في الأصل إن لم يكن لسبب مشروع][2] ، وعند ثبوت الأسباب وصلاحيتها لوقوع الطلاق ينتفي معها تعسف الزوج ، وعلى الزوجة إثبات الضرر الذي أصابها وبالتالي يلزم الزوج بالتعويض كما أن المحكمة تستلخص من وقائع الدعوى وتقدير البحث الاجتماعي والبينات الشخصية المستمعة فيما إذا كان الزوج متعسفاً أم لا حيث لا يمكن اعتباره متعسفاً إذا اشتركت معه الزوجة في التقصير فقد يحدث أن يكون تقصيرها وسوء سلوكها هو السبب الرئيسي لإيقاع الطلاق ونسبة التقصير قليلة من جانب الزوج.

الفرع الثاني: طرق الإثبات

من الفقهاء من لم يحصر الطرق في أنواع معينة ، بل كل ما يبين الحق ويظهره يكون دليلا يقضي به القاضي ويبني عليه حكمه . وهذا ما قاله ابن القيم ، وتبعه في ذلك بعض الفقهاء كابن فرحون من المالكية ،قال في الطرق الحكمية : " والمقصود أن البينة في الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره في صور كثيرة "[3]،وسنجمع القدر المتفق عليه بين الشرع والقانون ، ثم نعرض لما انفرد به كل منهما.

البند الأول:المتفق عليه شرعا وقانونا

---

[1] الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09 أ.شويحة زينب (دار أسامة ط2009/1.(، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون 08-09 أ فضيل العيش منشورات أمين ط2009 ، الوجيز في الإجراءات المدنية أ.عمارة بلغيث دار العلوم ط2002

2 قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصّا وتطبيقا نبيل صقر عويسات فتيحة دار الهدى الجزائر نقض قرار 1325 أساس 1350 تاريخ 28 /10 / 1995)ص184

3 الطرق الحكمية ج36/1 ، وتبصرة الحكام 2 / 111 بهامش فتح العلي المالك ط 24ط الحلبي الأخيرة .

أولا: الإقرار

هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه،وهو حجة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع ، فمن ذلك:قوله تعالى :﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ النساء: 135

ومن السنة أنّ النبي ﷺأقام الحد على ماعز والغامدية ،بناء على إقرارهما بالزنا[1].

والفقهاء مجمعون على أن الإقرار أقوى الأدلة الشرعية ، لانتفاء التهمة فيه غالبا ونص المالكية على أن الإقرار أبلغ من الشهادة ،ويكون باللفظ أو ما يقوم مقامه ، كالإشارة والكتابة والسكوت بقرينة.

أما قانونا فقد نظمه ق.م في م 341و342 وعرفه بقوله في م 341:[الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة][2]وهو سيد الأدلة في الإثبات أمام الجهات القضائية.

ثانيا: الشهادة

هي الإخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير في مجلس القضاء[3]،وقد اتفق الفقهاء جميعا على أن الشهادة من طرق القضاء، لقوله تعالى﴿ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾البقرة: 282

وقولهﷺ: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[4] ، وقد أجمعت الأمة على أنّها حجة يبنى عليها الحكم .وهي مراتب كالآتي:

1–الموجبة للحق بلا يمين بمجردها وهي ستة أقسام[5].

2–الموجبة الحق مع قسم المدعي.

3–الموجبة لتوقيف الحق لا تسليمه.

4–الموجبة اليمين على المطلوب ولا تثبث حقا للطالب.

5–المردودة لفقد شروط العدالة.

---

[1] مسلم كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا رقم:1695 ص704 .

2 ق.م م :(333-337- 341-342 /55.

3 حاشية الدسوقي 4 / 146.

[4] البيهقي باب البينة على المدعي ج252/10 .

5 إحكام الأحكام على تحفة الحكام محمد بن يوسف الكافي دار الفكر1420-2000. ص 30-33

أما قانونا فقد نظمها المشرع في الفصل الثاني من الباب السادس المعنون بإثبات الالتزام في ق.م من م 333إلى م 337 ،[ويقصد بشهادة الشهود، الأقوال التي يدلى بها الأشخاص في ساحات القضاء بشأن إثبات أو نفي واقعة قانونية أيا كان نوعها] .إلا أنّ القانون لم يشترط العدالة ولم يذكر مراتب الشهادة.

و الشهود نوعان، شهود إثبات ونفي، والشهادة تخضع لتقديرالقاضي، فله أن يقبل شهادة واحد من الشهود كدليل إثبات أو نفي يقنع به و يرفض شهادتين متضاربتين، في نفس الدعوى ونفس الموضوع.

ثالثا:اليمين

اليمين تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته، ولو حلفه بغيره ، كالطلاق ونحوه مما فيه إلزام بما لا يلزمه لولا الحلف ،وهي أقسام يمين تهمة وقضاء ومنكر ومع شاهد واحد ، أما قانونا فقد نص عليه المشرع في الفصل الخامس من م 343إلى م 350 وهي نوعان: متممة وهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي أطراف الخصومة في الدعوى بغرض إتمام اقتناعه بقرينة معينة، وحاسمة وهي التي يوجهها الخصم المدّعي للمدّعي عليه، عندما يعجز عن إثبات حقه .

البند الثاني:ماانفرد به كل منهما

أولا:ما انفرد به الشرع

1-النكول عن اليمين :وهو الامتناع عن أداء اليمين في مجلس القضاء وهو عند المالكية والشافعية وفي أحد رأيين عند الحنابلة لا يكون حجة يقضى بها على المدعى عليه ، بل إذا نكل في دعوى المال أو ما يئول إليه ردت اليمين على المدّعي بطلب المدّعى عليه ، فإن حلف المدعي قضي له بما طلب وإن نكل المدعي رفضت دعواه . فقد أقاموا نكول المدعى عليه مقام الشاهد ، إذ عندهم أنّه يقضى للمدّعي بحقه إذا أقام شاهدا وحلف ، فكذلك يقضى له بنكول المدعى عليه وحلف المدعي .

2- القسامة: وهي ليست من موضوعنا إلا استطرادا وإكمالا للأنواع، فهي اليمين بالله على وجه مخصوص ، عند وجود قتيل في محلة لا يعرف قاتله وكان هناك لوث ، كالعداوة الظاهرة ، وادعى أولياء القتيل على معين أنه قتله ، حلف من الأولياء خمسون أن فلانا هو قاتله عمدا ، فيستحقون القصاص ، أو خطأ ، فيستحقون الدية[1].

ثانيا:ما انفرد به القانون

1- الكتابة : جعل القانون الكتابة مستقلة عن الإقرار لكثرة تشعبها في الوقت الحاضر وقد تناولها ق.م في م من 323 إلى 333 وتعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات ،وهي نوعان رسمية وعرفية . فالرسمية

---

[1] بدائع ج286/7 مواهب الجليل ج273/6 ، . مغني المحتاج 4 / 109 .

وهي ما تكون من عمل موظف رسمي مختص كما هو الحال في عقود الرهن الرسمي. وعرفية وهي التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف رسمي.

2-القرائن القانونية والقضائية :

نص عليها المشرع في م 337إلى 341 وهي نوعان قانونية وقضائية .فالأولى هي التي يقررها القانون بنص فيه، وأما القضائية فيقصد بها كل ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول فهي أدلة استنتاجية، ولهذا يجوز للطرف الآخر أن يثبت العكس إذا مكنه من ذلك.

3-الخبرة

الخبرة والمعاينة لم يذكرهما القانون المدني بل نظمهما ق.إ.إ.م فذكر الخبرة في القسم الثامن من الباب الرابع المعنون بوسائل الإثبات من م 125 إلى م 145 ففي م 125:[تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي][1].

4-المعاينة

نظمتها م 146إلى م 150 من ق.إ.إ.م في القسم التاسع من وسائل الإثبات ،ففي م146 منه [يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراءات معاينات ..][2]ويقصد بالمعاينة الانتقال إلى مكان النزاع لمشاهدته على الطبيعة بقصد التوصل إلى معرفة الحقيقة والفصل في الدعوى على ضوء نتيجة المعاينة[3].

1 ق.إ.م.إ الباب الرابع وسائل الإثبات، العدد13 125/ 13

[2] ق.إ.إ.م الجريدة الرسمية العدد 21 م14/146 .

3 الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09 أ.شويخة زينب دار أسامة ج169/1.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الاول : مفهوم التعويض

الفرع الأول: تعريفه

البند الأول: لغة

حاصل المعاني من مادة عوض: البدل ،ومنه حديث أَبي هريرة فلما أَحل اللّه ذلك للمسلمين –يعني الجزية –عرفوا أَنه قد عاضهم أَفضل مما خافوا "،تقول عضت فلاناً وأَعضته وعوضته ؛إِذا أَعطيته بدل ما ذهب منه [1].

البند الثاني: اصطلاحا

أولا: شرعا

هو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير وعلى هذا فالتعويض أخص من الضمان لأن الضمان التزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه ، أو التزام عين مضمونة ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك .

فالضمان أعمّ ؛ لأنّه يكون في الأموال ، ويكون في غير الأموال كما في كفالة الشخص.[2]

ثانيا:قانونا

لم يتعرض القانون لتعريف التعويض لظهوره ووضوح فكرته كما يظهر في القانون المدني الذي ذكر في م 132:[يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ..]وفي م124:["الإلتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله][3]

وانطلاقا من هذا يمكن استخلاص تعريف للتعويض من خلال ق.م الجزائري فيقال:"الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به بأداءات مالية أو عينية"[4]

الفرع الثاني: مشروعية التعويض عن التعسف في الطلاق

البند الأول: شرعا

---

[1] لسان العرب م4 باب العين ج35 /3171 .

[2] الموسوعة الفقهية الكويتية ج35/14

3 ق.م.24/132.

4 تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري بن زيطة عبد الهادي دار الحلدونية ط1428/1-2007 ص35.

سبق وأن ذكرنا الخلاف في الأصل في الطلاق هل الحظر أم الإباحة وبناء على هذه المسألة يتفرع الخلاف في مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي وبما أن التعويض عن الطلاق التعسفي مبدأ جديد لم يوجد إلا في العصر الحالي فإن الخلاف فيه بين المتأخرين انقسم إلى رأيين:

أ- رأي القائلين بعدم استحقاق المطلقة للتعويض وأدلتهم:

قالوا لا تستحق المطلقة تعويضا ولو كان الزوج متعسفا ،وهذا قول مجموعة من علماء الأزهر والأساتذة بدران أبو العينين بدران ونور الدين عتر ومحمد أبو زهرة ومحمود السرطاوي وزكي الدين شعبان وسيد سابق.وقد استندوا في رأيهم إلى:

1-عدم وجود نص قرآني يقضي بالتعويض عن الطلاق

2-الاكتفاء بالتبعات المالية كدفع المؤخر ونفقة العدة والمتعة المترتبة على الطلاق عن الضرر الذي لحقها بسبب الطلاق .

3-لا يجوز أخذ مال المسلم إلا بطيب نفس منه، لقوله تعالى:(يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)، وفي التعويض أخذ المال دون حصول الرضا.

4-أن القول بالتعويض يؤجج الخلاف بين الأسر بسبب السعي إلى إثبات التعسف. .

ب- رأي القائلين باستحقاق التعويض وأدلتهم

وهؤلاء قالوا إن المطلقة طلاقا تعسفيا تستحق التعويض إذا كان طلاقها بدون سبب مشروع. وهذا قول الأساتذة محمد عقلة وعبد الناصر العطار وإسماعيل الخطيب و وهبة الزحيلي وفتحي الدريني ومصطفى السباعي ومحمد الزحيلي ،وتوفيق أبو هاشم مستدلين بما يلي:

1- قياس التعويض على المتعة وهي جبر لخاطر المطلقة،وعلى الخلع في أخذ الزوج بدلا من زوجته في مقابل أن يفارقها.

2-زجر الزوج عن التعسف في حق زوجته .

3- إنّ الطلاق وإن كان حقا للرجل إلا أن هذا الحق منوط استعماله بعدم الإساءة إلى الغير، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وجب عليه التعويض لزوجته.

4-قياسه على طلاق المريض مرض الموت إذ أنّ الزوجة ترث من الزوج لأنه متعسف في إيقاع الطلاق إذ أنّ الباعث على الطلاق غير مشروع وهو حرمانها من الميراث[1] .

الترجيح :

---

[1] الضمان في الفقه الإسلامي علي خفيف دار الفكر العربي ط2000/1 ص45، تعويض الضرر المعنوي ص180

من خلال ما تقدم من الرأيين وأدلّتهما يترجح القول الأول القائل بعدم مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك لقوة دليلهم ، وخاصّة أنّ الشرع قد أوجب المتعة فلا حاجة لزيادة التعويض ،ثم إنّ التعويض يعتبر تعديا على حرمة مال المسلم والنصوص كثيرة في تحريم ذلك منها قوله تعالى :لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل وقولهﷺ:(إنّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم) [1].

وإنّ شرع التعويض قد يؤدي بالأزواج إلى تعسف من نوع آخر وهو مضارة الزوجة حتى تفتدي منه خلعا لتجنب التعويض ،فتتسلسل الحِيَل ولا ينتهي الأمر من حيث أراد المشرع إنهاءه.

قال أستاذنا الدكتور عبد القادر داودي :"إنّ الحكم بالتعويض له إيجابيات من جهة الحفاظ على الحياة الزوجية ،لأنه يحدّ من إقدام الزواج على الطلاق تفاديا لدفع المال خاصة إذا لم يكن هناك مبرّر شرعي،ولكن ينعكس الأمر سلبا عند المبرّر الشرعي الذي لا يستطيع الزوج إثباته كانحراف الزوجة أو ارتكابها فاحشة فلا يستطيع البوح بذلك فيمسكها على كره لعجزه عن دفع التعويض "[2]

ثانيا : قانونا

حكم القانون بالتعويض عن الطلاق التعسفي في م 52من ق.أ ،والتعويض هنا لم يقصد به المتعة ،لأنه ذكر التعويض أيضا في م 53 قاصدا به المتعة ،وبالتالي يكون المشرع قد حكم بالتعويض إضافة إلى المتعة آخذا في ذلك بالرأي الأول الذي يقول بمشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي ،على أن هذا التشريع ليس مقصودا لذاته بل هو عبارة عن تدبير احتياطي لردع الزوج عن الإقدام على الطلاق ؛إذًا هناك دوافع حقيقية وراء تشريع التعويض وأهمها :

1-كثرة الطلاق الذي أصبح ظاهرة خطيرة تؤرق المضاجع.

2-الضغط الكبير الذي يتعرض له المشرع من قبل الجمعيات النسوية التي تريد فرض سياسة نسائية تخدم المرأة في التوجهات الكبرى تطبيقا لاتفاقية سيداو[3]

3-محاولة لردع الزوج عن التعسف في استعمال حقه في العصمة.

الفرع الثالث: شروط استحقاق التعويض

---

[1] جزء من حديث طويل في مسلم كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ رقم1218 ص483 .

2 الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة د.داودي عبد القادر الباب الثاني انحلال عقد الزواج ، دار البصائر ط2007/1 ص 267.

3 CEDAW اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة) عام (1979) . وهي اتفاقية مكونة من (30) مادة، وموادها الست عشرة الأولى تؤكد على عدم التمييز وتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، وتشجيع الاختلاط بين الجنسين، والمساواة بين الزواج والطلاق (موسوعة الرد على المذاهب الفكرية المعاصرة 1-29 علي بن نايف الشحود263/9)

البند الأول: مرجعية الحق في التعويض

أولا: حق الزوجة في التعويض

الشرع كفل للزوجة حق المتعة في قوله تعالى: ﴿ **وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ** ﴾البقرة: 236 وسيأتي الكلام على المتعة وأنها نوع من التعويض ،وجبر لخاطر المرأة.

أما القانون فقد نصت م 52معدلة :[إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها].

فقد شرط القانون شروطا لتعويض المطلقة من طلاق تعسفي وهذه الشروط هي :

1–التبين :أي إذا ثبت التعسف عند القاضي بوسائل الإثبات المختلفة التي ذكرناها آنفا.

2–كون التعسف متحققا لوجود معاييره وضوابطه ،أي وقوع الطلاق لا لسبب مقنع بل قصد الإضرار بالزوجة .

3–ثبوت الضرر وتحققه سواء كان ضررا ماديا أو معنويا أخذا بالإطلاق في النص .

والنص لم يحدد أي نوع من المطلقات يثبت لهن التعويض ،هل كل مطلقة أم لا ؟

والجواب أن هذا الأمر لا يحتاج لبيان لأن المطلقة الرجعية ،ما زالت زوجة لها كل الحقوق ،فعرى الزوجية لم تنفصم بعد ،لذا فإنها في غنى عن التعويض ،لعدم ثبوت الضرر ولو ثبت التعسف ،لأن الضرر يكمن في فراق الزوج ،وفقدان المعيل.

إلاأنه لم يتطرق إلى تعويض الزوج جراء تعسف زوجته ،في استعمال حق الخلع وطلاق التفويض إن وجد،مما يفقد النص توازنه التشريعي ،ويؤسس لحالة الإنتقام بتغليب حق المرأة على الرجل تحت شعار المساواة ،أو شعار نصرة المرأة ،خاصة أن ق.أ .أجاز الخلع بلا إذن الزوج ،مما يجعل الزوج عرضة لأنواع التعسف والإضطهاد.

ثانيا: حقّ الزوج في التعويض

لم يهمل المشرع حق الزوج في التعويض جراء تعسف الطرف الآخر فقد أورد في المادة 55 :[عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر].

فقد قضت المادة بوجوب التعويض لمن ثبت التعسف في حقه ؛سواءكان الزوج أو الزوجة ،إلا أن ما يلاحظ على المشرع أنه كان صريحا في تعويض المرأة ،حيث قضى لها بالتعويض في مادتين ،ولم يفعل الشئ نفسه في حق الزوج حيث أورد مادة عامة يمكن أن يقع فيها التأويل أو التعسف .ثم إن هذه المادة تكلمت عن حالة النشوز فقط .

وممّا يلاحظ أيضا أنّ المشرّع لم ينص على حالات أخرى يقع فيها تعسف الزوجة في استعمال حقها في الفرقة فمن ذلك:

1-حالة تفويض المرأة بالطلاق :هذا النوع من الطلاق غير شائع في مجتمعنا لأسباب كثيرة منها عدم المعرفة بحكمه ،ولكون المجتمع محافظا يأنف من مثل هذا النوع من الفرقة ولكون المجتمع ذكوريا أي تظهر فيه ملامح الحكم للرجال ، وقد تقدم لنا تعريفه ،فما الحكم لو تعسفت المرأة في التفويض وطلقت نفسها بغير مبررات قوية هل يحكم بالتعويض للرجل المتضرر جراء هذا التعسف ؟فمن المفروض أنّ المشرع ينصّ على ذلك صراحة ،كما فعل مع المرأة في حال تعسف الزوج في حقه معها .

2-الخلع :أجاز المشرع للزوجة أن تخالع زوجها بغير إذنه وفي هذا مغامرة كبيرة فتحت أمام الزوجة مما يجعلها تتعسف في هذا الحق ، لذلك فمن حق الزوج المطالبة بالتعويض قياسا على حق الزوجة في ذلك خاصة إذا كان الخلع بسبب كراهيتها لزوجها لا لسبب آخر مقنع ، قد يقال إن المقابل المالي في الخلع يعتبر تعويضا كافيا فلا إشكال ،فيجاب عن ذلك بأن المقابل المالي في الخلع ليس تعويضا بمعنى التعويض الإصطلاحي ،إنما هو تعويض في مقابل فك المرأة للعصمة الزوجية ،ولا تتحقق ماهية الخلع إلا بالفداء بمقابل مالي لأن الطلاق نوعان بعوض وهو الخلع وبغير عوض،فكان على المشرع -وهو بصدد تطبيقه لمبدأ التعويض الذي أخذ به -أن ينصّ صراحة على هذه الحالة أي تعويض الزوج في حالة تعسف الزوجة بالخلع، وعليه نقترح على المشرع إضافة مادة على النحو التالي:[عند تعسف أحد الزوجين في حقه بإيقاع الفرقة طلاقا للزوج وخلعا للمرأة أوتفويضا ،حكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد وقوعها]

البند الثاني: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

أولا: في شروط التعويض عموما

الأصل عدم التعويض إلا لمقتض ، وبما أنّ التعويض أساسه المسؤولية التقصيرية فلا بد من توافر أركانها في الفعل حتى يعوض عنه ،وقد أورد المشرع الجزائري القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وهي المسؤولية عن العمل الشخصي في م 124 من ق.م والتي تنص بأنّه [كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض].

ويتبين من هذا النص أنّ المسؤولية عن العمل الشخصي هي تلك التي تترتب على عمل يصدر من المسؤول نفسه وأنّ المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية أركانها ثلاثة وهي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما،كما يتضح بأنّ أساس هذه المسؤولية هو الخطأ، الواجب الإثبات، وعلى المضرور إثباته، فإذا ثبت

الخطأ وترتب عليه ضرر للغير فإنّ مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر، وللقاضي الأساس حق تقدير قيام الخطأ، كما له حق تقدير انتفائه، غير أنّه يخضع لرقابة المحكمة العليا في عملية تكييفه القانوني.

1- الخطأ (التعدي): إنّ الإتلاف ليس مجرد ضرر أصاب الغير لأن الإضرار لا يقوم بذاته سبباً موجباً للضمان ، وإنما يلزم أن يكون تعدياً وإخلالاً بمقصود شرعي ،وقد أطلق الفقهاء على "الخطأ" مصطلح "التعدي" والتعدي ليس مجرد صفة لفعل ضار وإنما هو إخلال بما فرضه الشارع عصمة للحقوق ، وسواء كان الخطأبالمباشرة أو التسبب .

2-الضرر: ولو كان مجرد الترويع والإيلام النفسي ، فحدوثه سبب الضمان

3- العلاقة السببية بين التعدي والضرر وهي أمر لازم وقد أفرد الفقهاء أبواباً في المباشر والمتسبب والمباشَرة وحدوث النتيجة من غير المباشر أو من غير المتسبب . .

ثانيا:في شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

تعرض القانون لتعويض المرأة جراء الطلاق التعسفي ،في مادتين هما م52التي تحدثت عن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق م 53مكرر: والتي تحدثت عن حكم القاضي بالتطليق وفي المقابل تعرض القانون عن تعويض الطرف المتضرر من الزوجين في حالة النشوز في م 55

وأول ما يلاحظ أنّ القانون شرع مادتين بالتعويض للزوجة ،ومادة واحدة مشتركة بين الزوجين؛ أي في حالة النشوز، ولم يشرع أي مادة خاصة بتعويض الزوج، كما في حالة تعسف الزوجة؛ إما في طلب التطليق أو في الخلع .وهنا ثغرة أخرى لا بد أن ينتبه إليها ،لأن القانون كما أسلفنا انحاز قليلا للمرأة من حيث المساواة والقوامة والتعويض، فلا بد في المقابل أن يحملها مسؤولية بعض تصرفاتها التي تكون فيها متعسفة ؛كالخلع وطلب التطليق وغيرهما.

ولكي تستحق الزوجة التعويض عن الطلاق التعسفي لابدّ من توفر كافة الشروط التي حدّدتها م 52:[إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق به]، ومن استقراء النص نحدد أهم شروط استحقاق التعويض وهي:

1-أن يكون الزوج قد تعسف في إيقاع الطلاق على زوجته لكونه دون سبب يبرره ، وتقديره يخضع لسلطة المحكمة التقديرية، بناء على معايير التعسف والتي تبين في وقائع الدعوى ما إذا كان لدى الزوج سبب يصلح لإيقاع الطلاق شرعاً أو عرفاً، و المحكمة تجري تحقيقاتها وتسمع البينات عن جدية الأسباب التي دعت إلى إيقاع الطلاق ،وليس لها أن تصدر حكمها دون الخوض في أسباب الطلاق وتعتبره تعسفاً وتلزم الزوج بالتعويض عنه، وإلا كانت هي الأخرى متعسفة وهذا في حالة الطلاق الواقع خارج المحكمة، أو مفاجئته للمحكمة بإيقاعه على الزوجة أثناء المرافعة.

2–ثبوت الضرر ماديا كفقد المعيل أو ترك الوظيفة لإدارة شؤون الأسرة وتربية الأطفال وغيرها، أو معنويا كتدهور الحالة النفسية للمطلقة تعسفاً ، خصوصاً وأن نظرة المجتمع لها نظرة بغض وازدراء وتشكيك ،والإطلاق في الضرر يشمل كل ماتتأذى به المطلقة كالكلام فيها .

3–يستحق التعويض بناءاً على طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانوناً، وفق إجراءات الدعوى

4–أن تكون الزوجية قائمة بينهما أي بتمكينها لزوجها طائعة .

5–أن يكون الطلاق بائنا.

6–أن يكون الزوج طلّق بإرادته المنفردة ، وإلا فلا تعويض كما جاء في قرار للمحكمة العليا:[متى كان مقررا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته ،فإنّ كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي][1].

المطلب الثاني: أساس التعويض

الفرع الاول: الاساس الشرعي

التعويض عن الضرر اللاحق لأي شخص واجب الأداء ؛ وهو أثر شرعي لأنه موجب خطاب الوضع ، فيشمل المكلف وغيره وهذا التعويض يأخذ صورا متعددة فمن ذلك:

1–التعويض عن الضرر، والضرر إما مادي بإتلاف العين أو المنفعة أو النفس أو مادونها أو معنوي وهو قليل الذكر عند الفقهاء وإن كانت أصوله كثيرة في الشرع كما سنعرض له في جزئية الأساس الشرعي للتعويض.

2–التعويض بتفويت العين المتلفة فإن كانت مثلية يضمن المتلف مثلها ، وإن كانت قيمية يضمن قيمتها ، ويراعى في تقدير القيمة مكان الإتلاف .

3– التعويض عن تفويت المنفعة.

4–التعويض للتعدي والتفريط في العقود:سواء في عقود الأمانات كالوديعة أو لعيب في المبيع.

5–التعويض في الإجارة وماتتلفه الدواب.

6–التعويض بسبب التحريض والإكراه.

7–التعويض بالتسبب [2].

---

[1] م.ق.قرار رقم:53017 –8– /27.03.1989 ، سنة 1991 العدد 01 ص56 .

[2] بدائع 7 / 168 ، والأشباه للسيوطي ص 222 ، والقوانين الفقهية ص 326 .

وهو مبدأ خاضع لجملة التزامات شرعية، منه ما هو نصوص شرعية نقلية ،ومنه ماهو قواعد عامة عقلية والقول في هذه الأسس كالآتي:

البند الأول : رفع الضرر

أولا : تعريفه:

1-لغة:الضرر : الضُرّ بالضم اسم من الضُرّ ، وهو كل نقص يدخل الأعيان ، والضَّر بالفتح ضد النفع ، قال الأزهري : كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضُر بالضم ، وما كان ضد النّفع فهو بفتحها[1] .

2-اصطلاحا:لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ الضرر عن المعنى اللغوي. إلا أن الفقهاء استعملوا الضرر في مقابل أربعة أشياء :

الأول:الضرر المقابل للنفع:قال فيه ابن العربي:"هو الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه وهو نقيض النفع "[2]

الثاني:إلحاق المفسدة بالغير :قال فيه المناوي "الضرر إلحاق المفسدة بالغير"[3]

الثالث:الإنقاص من حقوق الآخرين:عرفه الونشريسي "لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه أو ملكه "[4]

الرابع:ما لا يجوز قال الدسوقي:"يجوز للزوجة حق طلب التطليق للضرروهو ما لا يجوز شرعا[5]

ثانيا:أنواعه:

الضرر إما مادي حسي أو معنوي أدبي حسب نوعية المصالح المعتدى عليها والمادي يشمل المالي والأدبي.

أ-الضرر المادي :هو الأذى الذي يمس الإنسان في جسمه أو ذمته المالية ويفوت أو ينقص المصالح المشروعة .

1 القاموس المحيط باب الراء فصل الضاد ج73/2 ، والكليات للكفوي ضرر ص578 .

2 أحكام القرآن م276/1 .

3 فيض القدير شرح الجامع الصغير عبد الرؤوف المناوي دار المعرفة بيروت ط1972/2 ج431/6

4 المعيار ج474/8

5 حاشية الدسوقي ج345/2 .

ب-**الضرر المعنوي:**هو الأذى الداخلي الذي يصيب الشخص نتيجة أذى خارجي في البدن أو الشرف أو العاطفة.

أما الضرر المادي فلا إشكال فيه لظهوره ،أما المعنوي فقد وقع فيه خلاف بين الفقهاء فمنهم من أثبته ومنهم من نفاه ،وظاهر الأدلة تفيد ثبوت الضرر المعنوي في الشريعة وهي كالآتي:

*تشريع المتعة جبرا لخاطر المطلقة والأكيد أنّ ضررها معنوي أكثر منه مادي .

*تشريع حد القذف جبرا لما أصاب العرض من ضرر معنوي .

*تحريم الكبائر كالعقوق في قوله تعالى ولا تقل لهما أف ..والغيبة والنميمة والتنابز بالألقاب والسخرية وسوء الظن والفرار يوم الزحف والمنّ وغير ذلك مما يترتب عليه ضرر معنوي .

*أحاديث كثيرة في النهي عن التعدي على العرض كقوله ﷺ:(من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيئ فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهما) [1].

وحديث أن رسول الله ﷺ قال :(إذا قال الرجل للرجل يامخنث فاجلدوه عشرين)[2].

*وسئل علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن الرجل يقول لآخر يا فاسق قال :(ليس عليه حد معلوم يعزر الوالي بما رأى)[3].

ثالثا: أحكامه

الأصل تحريم سائر أنواع الضرر إلا بدليل ،وتزداد حرمته كلما زادت شدته ، وقد شهدت على ذلك النصوص الشرعية الكثيرة ، منها :قوله تعالى :﴿ **لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ** ﴾البقرة: 233،وقوله تعالى:﴿ **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ** ﴾البقرة: 231 وقوله تعالى:﴿ **غَيْرَ مُضَآرٍّ** ﴾النساء: 12،وقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ** ﴾الطلاق6 ،ومن السنة قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) ،وهذا الحديث يشمل كل أنواع الضرر لأن النكرة في سياق النفي تعم ، وفيه حذف ، أصله لا لحوق أو إلحاق أي : لا يجوز شرعا إلا لموجب خاص[4].

---

[1] البخاري كتاب المظالم باب من كانت له مظلمة عند الرجل رقم 2449 ص395 .

[2] ابن ماجه باب حد القذف رقم2568 ج177/4 **وقال الترمذي:**لا نعرفه إلا من هذا الوجه قال وإبراهيم يضعف في الحديث (مصباح108/3)

[3] البيهقي باب ما جاء في الشتم دون القذف رقم:17609 ج253/8.

4 فيض القدير 6 / 431

وقد أسلفنا القول في أن من معايير التعسف هو ثبوت الضرر أو عظمه بالنسبة إلى الفائدة المرجوة منه فوجود الضرر في الطلاق موجب للضمان أو التعويض .

رابعا: قواعده

1-لا ضرر ولا ضرار : أي النهي عن إيقاعه ؛والضررالمنهي عن إيقاعه، يتجلى في نوعين :

أ-تصرفات ليس للمكلف فيها سوى إلحاق الضرر بالغير أو بالنفس

ب-تصرفات يكون للمكلف منها غرض صحيح مشروع ؛ولكن يوافق غرضه أو يترتب عليه إلحاق ضرر بغيره .

2-الضرر يزال أي وجوب إزالته إذا وقع ،وتحتها قواعد فرعية ،تبين كيفية إزالته وهي :

أ-الضرر لا يزال بمثله.

ب-الضرر لا يكون قديما :أي لا فرق بين ضرر حادث وآخر قديم مادام أصله غير مشروع .

ت-الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

ث-يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

3-الضرر يدفع بقدر الإمكان:أي إذا لم يمكن إزالة الضرر بالكلية فيزال الممكن [1].

البند الثاني : المتعة

أولا : مفهومها

1-تعريفها

أ-لغة: هي اسم مصدر متع والمصدر التمتيع ، وهو الإنتفاع ومنه متعة الحج ومتعة النكاح[2].

ب-شرعا:عند المالكية: ما يعطيه الزوج لمطلقته زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بالفراق[3].

وعرفها الشافعية بقولهم: "مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط [4].

أما القانون فلم يعرض للمتعة باسمها بل تطرق إليها باسم التعويض في م53مكرر:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

1المنهج المنتخب ص700، القواعد الفقية الكبرى د.صالح السدلان دار بلنسية ب.ت.ط. ص508.

2 القاموس المحيط باب العين فصل الميم ج80/3 .

3 حاشية الدسوقي ج2ص425 .

4 مغني المحتاج 3 / 241

ولا إشكال يطرح في قضية الأسماء لأنّ القاعدة تقول :إنّ العقلاء لا يختلفون في الألفاظ إذا اتفقوا في المعاني "،إلاّ أنّ الصّخب الذي أحدثته الجمعيات النسائية، بحجة الظّلم الواقع على المرأة ،يجعل من المهم تسمية الأشياء بأسمائها الحقيقية ،حتى تعلم تلك الجمعيات أنّ الشريعة كانت سباقة لفكرة التعويض في صورة المتعة ،فالأولى مراعاة هذا الجانب حتى بعلم المخالف أنّ في تشريعنا فسحة.

وقد وردت مشروعية المتعة في قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾البقرة: 241 وقوله تعالى:﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ البقرة: 236

ومن السنة أنّ عمرة بن الجون تعوّذت من رسول الله ﷺحين أدخلت عليه فقال لقد عذت بمعاذ فطلقها وأمر أسامة أو أنساً بأن يمتع مطلقته بثلاثة أثواب رازقية)[1].

2-الفرق بينها وبين التعويض

أ-الرأي الأول:يرى الكثير من الباحثين، "أنّ الإتجاهات التشريعية لقوانين الأسرة مع اجتهادات ، المحاكم العليا تدلل على أنّ المتعة تقابل التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي

مستندين في ذلك إلى كيفية ورودها في الفقه الإسلامي حيث أنه تجب على الزوج إذا طلق زوجته لغير حاجة أو سبب يدعو إلى الطلاق وممن تبنى هذا الرأي د.وهبة الزحيلي ود. العربي بلحاج.[2]

ب-الرأي الثاني:"مفاده أن المتعة غير التعويض عن الطلاق التعسفي بل هي أعم منه لأنها قد تكون تعويضا عن التعسف في الطلاق وقد لا تكون كذلك بناء على أن التعويض عن الطلاق التعسفي مبدأجديد في القوانين العربية، مستنده نفقة المتعة وممن تبنى هذا الاتجاه :د.مصطفى السباعي[3]،

ومن خلال استعراض الرأيين السابقين في هذه المسألة، يترجح الرأي القائل أنّ المتعة أعمّ من الطلاق التعسفي عموما مطلقا ،لأنّ المتعة قد تكون عوضا عن الطلاق التعسفي، كما أنّها قد لا تكون كذلك ،لأنّ الله شرعها لكل المطلقات في قوله :{ وللمطلقات متاع بالمعروف} فلا تخص مطلقة دون أخرى إلا استثناءات المالكية في ذلك وهي : المختلعة والمفروض لها صداق و طلقت قبل البناء ومختارة لعيب الزوج ومخيرة ومملكة في الطلاق وطلقت نفسها ؛فهي تلتقي مع التعويض عن الطلاق التعسفي في حالة التعسف في الطلاق وتزيد المتعة عليه في حالة الطلاق غير التعسفي .

---

[1] ابن ماجه كتاب الطلاق باب متعة الطلاق رقم:2037 ج439/3 وفيه عبيد بن القاسم وهو واهي وأصل قصة الجونية في الصحيح بدون قوله ومتعها وإنما فيه وأمر أبا أسيد أن يكسوها بثوبين رازقيين (تلخيص 410/3).

2 الفقه الإسلامي وأدلته ج7ص532 ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ج1ص233

3 المرأة بين الفقه والقانون دمصطفى السباعي دار الورّاق السعوديةط1420/7-1999 ص101

أما موقف المشرع الجزائري فيظهر أنه يؤيد الرأي الثاني وذلك لأنه تحدث عن التعويض عن الطلاق التعسفي في م52معدلة [إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها]، وتكلم عن التعويض عن التطليق الذي يحكم به القاضي في م53 مكرر [يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها] "فالتعويض الثاني أعمّ من الأول لأنه في مقابل الضرر العام وهو مفهوم المتعة ، أما التعويض الأول فهو في مقابل ضرر خاص هو التعسف في الطلاق .وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها:[من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة طلاق تعسفيا نفقة عدة نفقة إهمال نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم بها لها من جراء الطلاق التعسفس وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي][1]. فقد تكلم القرار عن المتعة وعن التعويض عن الطلاق التعسفي،مما يدل على تبني الفرق بينهما.

ثانيا:حكمها

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والإباضية إلى أن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول إن لم يجب لها شطر مهر بأن كانت مفوضة ولم يفرض لها شيء لقول الله تعالى : { لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره }[2]

و قال المالكية :" تندب المتعة لكل مطلقة طلاقا بائنا في نكاح لازم ، إلا المختلعة والمفروض لها صداق وطلقت قبل البناء ومختارة لعيب الزوج ومخيرة ومملكة في الطلاق وطلقت نفسها "[3].

لقوله تعالى : {حقا على المحسنين}. وقوله :{حقا على المتقين }،فجعلها حقا على المتقين والمحسنين لا على غيرهما [4] ..ولا يجبر عليها الزوج المطلق وإنما يتطوع لها تطوعاً.

ويرى الظاهرية أنّ المتعة واجبة لكل مطلقة مطلقاً سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده وسواء فرض لها مهر أثناء العقد أم لم يفرض ودليلهم عموم الآية الكريمة "وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين" حيث جاءت مطلقة لم تفرق بين مطلقة مدخول بها أم لا, سمي لها مهر أم لا[5].

---

1 م.ق ، الملف رقم : 4156الصادر في 1986/04/07

[2]رد المحتار ج243/4 ، مغني المحتاج ج317/3 ،المغني ج49/8 ،النيل وشفاء العليل ج384/7 .

3 مواهب الجليل ج124/4 .

4 الجامع لأحكام القرآن ج160/10 .

[5]المحلى ج245/10 .

أما القانون فلم يتكلم عن حكم المتعة وجوبا أو ندبا ،بل حكم بالتعويض عن الضرر فكأنه يقصد أن متعة الطلاق لا تكون إلا في مقابل ضرر ؛فهي ليست واجبة في كل الحالات ،وهو رأي المالكية وهذا ماأيدته المحكمة العليا في قرارها الصادر:[من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح في مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه .ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويضاحدهما ومنح المتعة للزوجة ؛ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة][1].

الفرع الثاني : الأساس القانوني

الأساس القانوني للتعويض تتناوله النصوص القانونية والنظريات العامة في القانون وسنبدأ بالنصوص القانونية في القانون المصري والفرنسي والجزائري ثم نثني بالنظريات العامة.

البند الأول:النصوص القانونية

أولا:في القانون المصري

لقد عالج المقنن المصري موضوع التعويض بنص واضح وصريح في م: (163) من القانون المدني حيث نصت على أن[كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض][2]. كما أن هناك نصوصاً عامة في هذا الموضوع وهي المواد من 164 إلى 178 وهي تلك النصوص التي عالجت المسؤلية المدنية.

ثانيا:في القانون الفرنسي:

أساس التعويض في القانون المدني الفرنسي نصت عليه المادتين (1382-1383):

[3] 1382 «tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage ،oblige celui par la faute duquel il est arrive à le réparer",

art: 1383،

»Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par négligence ou par son imprudenc.

1 م.ق الملف رقم:39731ا بتاريخ 1986/01/27ع1988/1 ،

2 الوسيط ص641.

3 Code civil version consolidee du code au 2/06/2012 Chapitre11 des delits et des quasi-delits p228.

وترجمتهما: المادة 1382: « كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ». والمادة 1383: « كل إنسان مسؤول عن الضرر الذي يسببه ليس فقط الناجم عن فعله ، بل أيضاً الناجم عن إهماله أو عدم احترازه ».

ثالثا:في القانون الجزائري :

نظم المشرع الجزائري أحكام التعويض في المواد من 124 إلى 133 ثم من م 182 إلى 187 من ق.م. مستمدا ذلك من التقنين الفرنسي، هذا الأخير الذي أراد أن يجعل التعويض إصلاحا لاعقابا، كما كان الحال في القانون الروماني لذلك عبر بمصطلح "réparation" باللغة الفرنسية، والذي يترجم إلى العربية "بالإصلاح" وتهدف الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى جبر الأضرار اللاحقة بالمضرور، دون حاجة إلى التعويض الكامل الذي ارتبط بتأسيس المسؤولية على الذنب الأخلاقي. وبابتعاد المسؤولية عن هذا الأساس بدأت فكرة التعويض الكامل تقل ليحل محلها التعويض العادل.

فتناول المشرع الجزائري التعويض في الفصل الثالث المعنون بالعمل المستحق للتعويض القسم الأول:المسؤولية عن الأفعال الشخصية ،فنصت المادة 124معدلة :[كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض].

البند الثاني:النظريات العامة

ونقصد بها تلك القواعد الكلية التي أصبحت ضوابط تعم جزئيات كثيرة ،وأهم تلك النظريات

أولا:نظرية المسؤولية التقصيرية

أورد المشرع الجزائري القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وهي المسؤولية عن العمل الشخصي في م 124 من ق.م، والتي تنص بأنه [كل عمل أيا كان...].

فالمسؤولية عن العمل الشخصي هي تلك التي تترتب على عمل يصدر من المسؤول نفسه وأن المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية أركانها ثلاثة وهي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، كما يتضح بأن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ، الواجب الاثبات، وعلى المضرور إثباته، فإذا ثبت الخطأ وترتب عليه ضرر للغير فإن مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر، وللقاضي الأساس حق تقدير قيام الخطأ، كما له حق تقدير إنتفائه، غير أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في عملية تكييفه القانوني.

ثانيا:المسؤولية العقدية: هذا بناء على أن هناك فروق بينهما أي بين المسؤولية التقصيرية والعقدية ،فباعتبار أن الزواج عقد يولد جملة من الالتزامات بالحقوق المتبادلة بين الزوجين وقد سماه القرآن ميثاقا غليظا فإن الإخلال بهذه الإلتزامات يولد مسؤولية هي المسؤولية العقدية ، وعلى أساسها يحدّد التعسّف .

ثالثا:الالتزام الطبيعي

هو واجب أدبي يدخل في منطقة القانون فيعترف به القانون إلى مدى معين وهو التنفيذ الإختياري، وهذا الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاما مدنيا .

رابعا:مصادر الإلتزام

مصادر الالتزام في ق.م المتمثلة بالعقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون ، وإنّ هذه المصادر نشأت إمّا عن العمل القانوني (التصرف) أو الواقعة القانونية. والقانون كمصدر مباشر للالتزامات لا يلزم أخذه اعتباطاً وإنما مبنياً على الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية فتقوم على مبدأ الضمان الاجتماعي. مثل التزام النفقة بين الأهل والأقارب والأصول والفروع, كذلك التعويض عن الطلاق التعسفي وغيرها من الالتزامات القانونية ومن ذلك نجد أنّ التعويض عن الطلاق التعسفي هو مسؤولية قانونية أي التزام مصدره القانون وفقاً لفكرة إساءة استعمال الحق[1].

المطلب الثالث : تقدير التعويض

الفرع الأول :مفهوم التقدير ومشروعيته

البند الأول:مفهوم التقدير

أولا:لغة

سبق تعريف التقدير لغة فلا حاجة لإعادته.

ثانيا:اصطلاحا

التّقدير له عدة إطلاقات حسب كل فنّ أو علم ففي علم الكلام هو : جعل الأشياء على مقدار مخصوص ووجه مخصوص حسبما اقتضته الحكمة [2].

وفي علم النحو:ما يؤتى به لتوضيح المعنى.

أمّا في القضاء فهو:تمييز كمّية الشئ "،أي إعطاء وصف مناسب للشئ سواء كان عقوبة أو تعزيرا أو تعويضا[3]

---

[1] الوسيط ج695/1..

[2] الكليات فصل القاف ، ص707

[3] الكليّات للكفوي .ص708.

البند الثاني:مشروعيته

أولا:شرعا

وردت عدّة نصوص تدل على جواز التقدير منها ماهو عام يحثّ على الاجتهاد والنظر ومنها ماهو خاص في مورد المسألة ، وهذه بعض من تلك النصوص :

أ–قوله تعالى: ﴿ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡ ﴾النساء: 83 ،وجه الدلالة الدعوة إلى الاستنباط وهو استخراج الفقه الباطن بالاجتهاد والفهم ، وقوله تعالى: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ ﴾ الأنبياء: 78 ، فكل منهما قدر العقوبة لذلك اختلفا ، وقوله تعالى: ﴿ قُلِ ٱنظُرُواْ مَاذَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ ﴾يونس: 101، وآيات الحث على النّظر كثيرة ، والنّظر هو الفكر المؤدي إلى علم أو ظنّ ،وقوله تعالى: ﴿ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾ المائدة: 95 ،أي يقدر الحكمان أي الأشباه أقرب إلى النّعم فيحكمان به.

ومن السنّة قولهﷺ:(إذا حكم الحاكم فاجتهد ثمّ أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثمّ أخطأ فله أجر [1] وقول معاذ رضي الله عنه:(أجتهد رأيي ولا آلو)[2] ،وتحكيمه ﷺ لسعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة،وقوله:(هؤلاء قريظة على حكمك [3] وجه الدلالة ممّا تقدم أنّ النّبي ﷺ علّم أمته الإجتهاد والتقدير في ما لم يرد فيه نص .

ثانيا:قانونا

تطرق ق.م. إلى مشروعية التقدير في م 132،131،161، 177،182 ،184، 187 وغيرها من الموادّ التي خوّلت للقاضي أن يقوم بالتقدير في حالات مختلفة وخاصّة حالة التعويض عن الضرر وغيره.

الفرع الثاني :أنواع التعويض

البند الاول :التعويض المادي

أوّلا:أسس التقدير لدى القاضي في التعويض المادي

جاءت المواد التي تعرضت للتعويض مطلقة ولم تتحدث عن كيفية التقدير ،أو المعايير المعتمدة في ذلك، إلا أنّ مواد ق.أ. تكمل بعضها بعضا ،فالعام منها يخصص، والمطلق منها يقيد ،وبناء على هذه القواعد يمكننا القول أنّ موادّ التعويض المطلقة تقيد بمواد أخرى في النفقة وغيرها، فقد ذكرت م79معايير

[1] البخاري كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ رقم:7352 ص1264.

[2] الترمذي ، أبواب الأحكام باب ما جاء في االقاضي كيف يقضي رقم:1327 م9/3 وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه, وليس إسناده بمتصل,.

[3] البخاري كتاب المغازي باب مرجع النبي ﷺمن الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة ،رقم:4121 ص698 .

تقدير النّفقة :[يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة][1] ، وبناء على هذه المادة، يمكننا استنتاج بعض المعايير التي تساعد القاضي في تقدير التعويض وهي كالآتي:

1-. أن يتناسب التعويض وحالة الزوج المالية. يسراً أو عسراً بمراعاة ممتلكاته وأجرته ،والزوجة هي التي تثبث يسر الزوج إن ادعى أنه معسر

2-مناسبته لحالة الزوجة المادية ومكانتها الاجتماعية لأنّ المادّة ذكرت حال الطرفين فتعويض الزوجة الدنية مثل الغنية أمر مرفوض عادة.

3-مراعاة ظروف المعاش غلاء ورخصا وجدانا وفقدانا ،في الضروريات والحاجيات لا الكماليات إلاّ إذا كانت تخدم الضروريات والحاجيات.

4-كون التعويض مناسبا لدرجة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.

5-يقدر التعويض جملة بما لا يتجاوز نفقة الزوجة مدة سنتين أي أنّ مبلغ التعويض يقدر دفعة واحدة وليس أقساطا ،ويكون مبلغاً لا يزيد على مجموع مبلغ نفقة الزوجة لمدة سنتين على أن يجوز تقدير التعويض لمدة تقل عن سنتين مع بيان أسباب ذلك.

6- يقدر التعويض باتفاق الطرفين أو بواسطة الخبراء:

وهناك بعض الأسس التي تعتمد عليها أيضاً في تقدير التعويض ومنها :

مدى الضرر الذي أصاب الزوجة وتأثيره فيها، وكذلك مدة الحياة الزوجية وعدد الأطفال وعمر الزوجة ، وهل إن كان الطلاق قبل الدخول أم بعده؟[2] .

البند الثاني:التعويض المعنوي

أولا:نشأة فكرة التعويض المعنوي

تطور مفهوم التعويض عن الضرر المعنوي عبر عهود خلت في القانون الوضعي بعد تعرضه للقبول والرفض حتى وصل إلى ماهو عليه الآن ،وسنستعرض أهم مراحله من خلال القانون الروماني والفرنسي وصولا إلى التشريع الجزائري .

1-:في القانون الروماني:

لم يكن التعويض عن الضرر المعنوي مقبولا لدى الرومان في بداية انتشار دولتهم ،وخاصة لما

---

1 ق.أ.ج.ر ع15 /23

2الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري حسين قدادة ديوان المطبوعات الجامعية ط2010/1/4 ج169/1.

كان الانتقام السمة البارزة جزاء المساس بالشرف ،لكن توسع الدولة الرومانية ساهم في تطوير تشريعاتها، مما جعل فكرة التعويض عن الضرر المعنوي تلقى قبولا لدى الأوساط التشريعية ،ومن ثم أصبح التعويض عن الضرر المعنوي قانونا مطبقا.

2-:في التشريع الفرنسي :

التشريع الفرنسي أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي متأثرا بالقانون الروماني إلا أنّه قصر ذلك على المسؤولية التقصيرية دون العقدية ، ثمّ تطور التشريع إلى تعميم عنصر الضرر المعنوي بعد صدور الأمر الملكي من طرف الملك:فرانسوا الأول سنة1538 ثم جاء تشريع نابوليونNapoléon Bonaparte[1] سنة1804 فأثرى هذا المبدأ وقضى بالتعويض على المتسبب في كل ضرر.

3-:في التشريع الجزائري

نصّت م 124على التعويض عن الضرر ولم تحدد طبيعته فقالت:[كل فعل أيا كان .]،فالضرر جاء عاما يشمل المادي والمعنوي وليس مقصورا على المادي فقط وإلا كان هذا تخصيصا بغير مخصص ،ولأنّ الأصل بقاء العام على عمومه فلا يخصص إلا بدليل ،على أنّ م 182 مكرر من ق.م. حسمت الموضوع ونصت على التعويض عن الضرر المعنوي :[يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة]،كما أنّه توجد نصوص قانونية تؤكد عموم الضرر الوارد ،وشموله للتعويض عن الضرر المعنوي ،فقد نصت م 34 من دستور 1996 ضمن فقرتها الثانية على أنّه :[يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة].

كما نصّت م 8 المتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل من القانون رقم 12/78 على أنّه [يضمن التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية التي تلحق العامل].

و نصت م 6 من القانون رقم 11/90و المتضمن علاقات العمل الفردية و الجماعية ضمن فقرتها الثانية على [احترام السلامة البدنية و المعنوية للعمال و كرامتهم].

ونصت م 3 ق.إ.ج على أن :[تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية].

[1] هو قائد عسكري وحاكم فرنسا عاش خلال أواخر القرن الثامن عشر إلى عقد العشرينيات من القرن التاسع عشر. وُلد في جزيرة كورسيكا انهزم في معركة واترلو خلال شهر يونيو من عام 1815م. استسلم للبريطانيين، الذين نفوه إلى جزيرة القديسة هيلانة، حيث توفي (موسوعة ويكيبيديا .)

و نصت م 47 من ق.م على أنّه [لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما لحقه من ضرر].

كما نصت م 48 منه على أنّه [لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، و من انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر].

ففي كلتا الحالتين المذكورتين في كل من م 47 و 48 نجد أنّ الضرر الذي يلحق بالشخص من قبيل الضرر المعنوي [1].

ومن ق.أ نصت م 4 منه أنّ [الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها ، و إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.][2]، و القضاء الجزائري يعتبر الضرر المعنوي أكثر جسامة من الضرر المادي ، كما أنّه لم يتقيد بمعيار جامد لتقدير التعويض عن هذا الضرر نظرا لمرونته و اختلاف وقع تأثيره باختلاف التركيبة الخلقية و النفسية للإنسان.

ثانيا:كيفية تقدير التعويض عن الضرر المعنوي

لم ينص ق.أ على كيفية التعويض المعنوي ،وذلك لخفاء هذا النوع من الضرر ،ولصعوبة التقدير فيه ، إلا أنّ تقدير التعويض عن الضرر من حيث المبدأ، في التشريعات الحديثة يستند إلى ثلاثة مصادر هي : القانون ، والقضاء ، والاتفاق :

1- التقدير القانوني للتعويض: من خلال النصوص القانونية ، فمثلاً نصت م 177 من ق.م على ما يأتي : [يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه] .

وتنص م 182 على ما يأتي :[إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلاّ بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد]

وتنص م182مكرر:[يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة][3]

---

1 نظرية التعويض عن الضرر المعنوي مقدم سعيد المؤسسة الوطنية للكتاب ب.ت.ط ص157-169

2 ق.أ.ج.ر ع ، 19/15

3 ق.م.م182،170،/30.

2 –التقدير الاتفاقي :الذي يتمّ بين الطرفين حيث يحددان قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق ، وهذا النوع يكاد ينحصر دائرته في المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية ، نصت م183[يجوز للمتعاقدين أن يحدّدا مقدّما قيمة التعويض بالنصّ عليها في العقد أو في اتّفاق لاحق ..].

3 . التقدير القضائي: يتولى القاضي تقدير التعويض إذا كان التقدير غير محدد قانوناً أو اتفاقاً، لكن لا بد في تقدير التعويض –ماديا أو معنويا –من مراعاة عناصر أساسية نذكرها بإيجاز وهي :

1– مراعاة الظروف الملابسة للضر نفسه من حيث الزمان والمكان، ملاحظاً فيها حالة المضرور والمسؤول ،أو المضرور دون المسؤول ، والنّظر إلى جسامة الضرر الذي أصاب المضرور .

2– مراعاة حسن النية ، أو سوئها وانتفاء الغش ، وهذا العنصر خاص بالمسؤولية العقدية وذلك لأنّ العبرة في المسؤولية التقصيرية بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

3– مراعاة تغير الضرر ، فمثلاً إذا كان الضرر الواقع بالتطليق التعسفي يوم إيقاعه يتمثل في الفرقة وفقد المعيل ،ثمّ تطور حين الحكم بالتعويض إلى أضرار أخرى ،كمرض الزوجة بسبب فقرها الحاصل من فقد المعيل أو غير ذلك ،فالقاضي مطالب بمراعاة هذا التطور الذي حدث جراء السبب الأول وهو الطلاق التعسفي.

4– مراعاة النفقة المؤقتة في حالة القضاء بها حيث يجب على القاضي مراعاة عدم تجاوز مبلغ النفقة ما ستقضي به في النهاية ، وإلاّ عدّ حكماً مخالفاً للعدالة [1]

[1] نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص171-193

خاتـــــــــمه

إنّ الفرق التي تحدث في مجتمعنا وخاصة الطلاق والخلع ،والتي زادت حدتها في الآونة الأخيرة ،ليست من مسؤوليةالزوج وحده ،بل هي نتاج تصرفات غير مسؤولة يشترك فبها الجمبع، بما في ذلك الزوج والزوجة والأبوان والحكمان والقاضي ،ولا يمكن أن نضع اللوم على الزوج وحده باعتباره أنّه صاحب حق الطلاق ،لذلك فالأمر يتطلب مراجعة حقيقية تضبط تصرفات كل متسبب في الفرقة ،في إطار قانوني انطلاقا من النصوص الشرعية التي توازن بين المتناقضات، ولا يمكن تحميل الزوج وحده تلك المسؤولية ،حيث أنه يوضع وحده في قفص الإتهام ،ثم تشرع القوانين التي تحد من سلطته ،وتقيد حريته ،وحينئذ يصبح التشريع كأنه عبارة عن ردات فعل عما يحدث في المجتمع ،ويؤول الأمر إلى أن يصير عبارة عن عقوبات تردع، أو مسكِّنات تهدِّأ ،ممّا يجعل القانون عرضة للتغيير في كل صدمة أو حادث ،بدل أن يكون ثابتا من الثوابث التي تساير أحوال المجتمع في كل الظروف .

وهذه الفرق ينبغي ألا ننظر إليها حال وقوعها فقط ،بل يجب أن نبحث في المقدمات التي تؤدي غالبا إلى الفرقة ، لأن كل شئ له مقدماته وأسبابه فترك الكفاءة والعضل والنشوز والإيلاء وسوء العشرة وإطلاق الخلع للمرأة وتدخل الأهل ،وإهمال دور الحكمين مقدمات طبيعية للافتراق ،

إذا فالفرقة عملية مركبة ،ذات أبعاد مختلفة ،وآثار متعددة ،ليست قابلة للإختصار ولا لي العنق ،ولا تحتاج للتشريعات الارتجالية ولا التقنينات الصدمية ...

إنّها ظاهرة تستحق التوقف للتأمل والتروي للإحاطة بها تمام الإحاطة من حيث الأسباب والمقدمات والفاعل المباشر والمتسبب ،حتى يتم تشخيص المرض ،وإلا فإنّ الدواء لا ينفع ولو كان أجود ،والحلول الترقيعية لا تغني ولو كثرت ،ويبقى الأمر كما لو كنّا في حلقة مفرغة لا يدرى أين طرفاها .

ولا ننسى أنّ التشريع من أبرز الأسباب في ذلك لكونه امتاز بالصفات التالية:

-الإجمال الذي خرج عن الحد المحمود إلى الغموض ،إذ أنّ الإجمال من مقاصد العقلاء ،لكن إذا كان المقصود منه شمول جزئيات كثيرة في أزمنة وأمكنة مختلفة ،أمّا أن يكون هذا الإجمال مؤديا للغموض فذلك ممّا يذمّ ،ويطالب صاحبه بالبيان.ومثال الغموض عدم التنصيص على أصناف الرجال الذين يقع طلاقهم،وغياب النص على أركان الطلاق وصفة موقعه وأنواعه وغير ذلك .

-التناقض في إرادة فرض بعض المفاهيم ،ففي الحين الذي يريد فيه المشرع إثبات المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات ،نجده يلغي مفهوم القوامة للرجل تطبيقا للمساواة ،وفي الحين ذاته نجده يلزم الزوج بالإنفاق ويعفي المرأة من ذلك ،ومعلوم أنّ الإنفاق فرع القوامة فكيف يلغى الأصل ويقر الفرع؟

-مخالفة أحكام الشريعة في بعض الموادّ كجعل ثبوت الطلاق بعد حكم القاضي ،والمعلوم أنّ الطلاق يثبت بمجرد نطق الزوج به .

_تأثر المشرع بفكرة المساواة طوعا أو كرها. وعدم وجود التلاؤم بين فكرة المساواة كأصل عام وتطبيقاتها في مجال الأحوال الشخصية .

-إهمال التنصيص على الكثير من الأمور المهمة كالكفاءة والإيلاء والظهار وأحكام الطلاق والخلع وأنواع الفرق الأخرى....وبناء على هذه الكلمات ، ،فإننا نقدم هذه التوصيات كجزء بسيط لمساهمة في الإحياء والإصلاح والتجديد.

توصيات:

1-السعي إلى إيجاد آليات تنظيمية بمرجعية شرعية قانونية تحدّ من هذا الفلتان الأسري عن طريق تقييد حق الطلاق على الفئة التي تستحق ذلك من السفهاء والشباب الحدثاء .

2-إعادة النظر في المادة 54 بوضع ضوابط تقيد المرأة في إيقاع الخلع ،حتى لا يصير لعبة بين أيدي السفيهات ممن لا تعرف قيمة الأسرة ولا المجتمع .

3-إثراء بعض المواد النّاقصة بما يبين وجه الحكم بيانا شافيا ،حتى لا يقع تعسف في التأويل ،أو تكلف في التنزيل ،لا من جانب القاضي ولا غيره .

4-تكثيف الندوات العلمية والمحاضرات المعرفية لترسيخ ثقافة المحافظة على الأسرة والمجتمع .

5-ضرورة التوعية لتصحيح بعض المفاهيم المغلوطة كمفهوم القوامة ،والمساواة ،والمماثلة في الحقوق ،وذلك يكون بآليات تنظيمية تشرف عليها منظمات المجتمع المدني ،ومن هو قريب للمجتمع من حيث المخالطة كالأئمة في المساجد وغيرهم .

6-إحياء مهمة الحكمين حتى لا يصل الأمر إلى القاضي،لأن المحاكم تغص بهذه القضايا ،وأضحى الأمر يستدعي ضرورة تخفيف هذا الازدحام على المحاكم الذي أصبح يفقد القضاة تركيزهم .

7-إقامة تربصات للمقبلين على الزواج من أجل زيادة الوعي بحجم المسؤولية لخلق الاستعداد النفسي الذي يصنع قوة التحمل والصبر ..وأخيرا هذه البضاعة المزجاة وجهد المقل ، وليس هذا العمل إلاّ كقول من قال:

أسير خلف الركاب النجب ذا عوج   مؤمّلا جبر ما لا قيت من عرج

فإن لحقت بهم من بعد ما سبقوا   فكم لرب السما في الناس من فرج

وإن بقيت بقفر الأرض منقطعا   فما على أعرج إذ ذاك من حرج

أرجو أن يجعله المولى تبارك وتعالى خالصا لوجهه ، وأن ينفع به، و أن يحقّق آمالنا ، ويحسن أخلاقنا ويسهّل أرزاقنا ، إنّه ولي ذلك والقادر عليه ، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين .

جدول يبين إقتراح مواد بإضافة أو تعديل أو إثراء :

رقم المادة ونصها	النص المقترح	سبب الإقتراح	نوع التغيير
55 :"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر	النشوز إما من الزوجة بالخروج من البيت أو ترك الطاعة ،فللزوج تأديبها بالطرق الشرعية ،ثم بالرفع للقاضي ،وإما من الزوج بإساءة معاملة زوجته؛ فللزوجة الصلح أو الرفع للقاضي طلبا للتطليق والتعويض"	لم يعرف النشوز ولم يعرض لأحكامه	تعديل
	كفاءة الرجل للمرأة في الدين والحال ،ويعتبر العرف في باقي الخصال كالنسب واليسار والحرفة ،وللزوجة طلب التطليق بسبب عدم الكفاءة"	لم يتطرق إليها القانون أصلا	إضافة
المادة 56إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين ،حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوجة	المادة 56إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين ،حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوجة عدلين ذكرين راشدين عارفين بما كلفا فيه ،للحكم بالأنسب ولوطلاقا وهو بائن لا أكثر من واحدة ،،والقاضي ينفذ حكمهما وله عزلهما إن فشلا وعلى هذين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"	لم تذكر شروط الحكمين وصفتهما ونوع الفرقة التي يوقعانها	إثراء
49معدلة لا يثبث الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .."	م49يثبت الطلاق بوقوع موجبه من قول أو كتابة او تعليق ولا صلح إلا في الرجعي أو البائن صغرى"	إشكالات شرعية وقانونية	تعديل

المادة50من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد	م50:من راجع زوجته أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعدها احتاج لعقد جديد	إشكالات شرعية	تعديل
....	الطلاق ماأوقعه الزوج أو كان في مختلف فيه ولو خارج المذهب ،والتحريم فيه بالعقد والوطء وفيه الإرث .والفسخ يكون في ما فسد لذاته ،لكونه متفقا على فساده ،فلا طلاق ولا فسخ و التحريم فيه بالوطء ،أو فيما لا يوقعه الزوج"	معرفة ضوابط الطلاق والفسخ	إضافة
المادة 47"تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة "	تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق صريحا أو كناية سواء من الزوج أو ممن فوض له الطلاق أوخلعا وبالفسخ إذا وجد المقتضي ،وبالوفاة".	عدم إدراج باقي أسباب الإنحلال	إثراء
	: أركان الطلاق أربعة :الأهلية بالتكليف ولو هازلا أو غاضبا لا كمجنون واللفظ إما صريحا وهو لفظ الطلاق ،وإما كناية ظاهرة كالسراح والفراق فكالصريح ،أو خفية ينوّى فيها وفي عددها كاذهبي والمحل وهو الزوجة في عصمة أو في عدة من رجعي	عدم النص على أركان الطلاق	إضافة
	الطلاق سني وهو طلقة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا إرداف ثانية وبدعي وهو الطلاق في الحيض أو في طهر مس فيه أو أكثر من واحدة وهو واقع "	عدم النص على أقسام الطلاق	إضافة
المادة52إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق	عند تعسف أحد الزوجين في حقه بإيقاع الفرقة جكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر	لم ينص على تعسف	إضافة

حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"	بعد وقوعها "	الزوجة في الخلع أو ما شاكله	
....	يجوز الخلع إذا استحالت العشرة وهو طلاق بائن على مال من خالع أهل للطلاق ،ومختلعة أهل للتصرفات المالية بصيغة وبدل وللقاضي النظر في الخلع بغير رضا الزوج"	عدم النص على أركانه	إضافة

الفهـــــــــــــــارس

وتتضـــمن:

1–فهرس الأيـــــــــــــــات القرآنية

السورة	الآيــــــــــــــــــــــــــــــــة	الرقم	الصفحة
البقرة	﴿ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾ ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ .... ﴾ ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ ﴾ ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ ﴿ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾	190 225 226 228 229 232 231 231 233 236 282	
آل عمران	﴿ بَعْضُكُم مِّنۢ بَعْضٍ ﴾	195	
النساء	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾	19	
	﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾	20	
	﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ﴾	28	
	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾	29	
	﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ﴾	34	
	﴿ وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ		

السورة	الآية	رقمها	
	﴿نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾ ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾	115 128	
المائدة	﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰ﴾ ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٖ﴾	2 6	
الأعراف	﴿وَكُلُواْ وَٱشۡرَبُواْ وَلَا تُسۡرِفُوٓاْ﴾ ﴿وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰٓ إِلَىٰ قَوۡمِهِۦ غَضۡبَٰنَ أَسِفٗا﴾ ﴿وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ﴾	31 155 199	
يونس	﴿وَلَوۡ يُعَجِّلُ ٱللَّهُ لِلنَّاسِ ٱلشَّرَّ ٱسۡتِعۡجَالَهُم بِٱلۡخَيۡرِ لَقُضِيَ إِلَيۡهِمۡ أَجَلُهُمۡ	11	
يوسف	﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾	72	
إبراهيم	﴿وَعۡدَ ٱلۡحَقِّ﴾	22	
الحجرات	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡ﴾	13	
النحل	﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦ﴾	125	
الإسراء	﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا فَلَا يُسۡرِف فِّي ٱلۡقَتۡلِ﴾	33	
النور	﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾	6	
الفرقان	﴿وَهُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَرٗا فَجَعَلَهُۥ نَسَبٗا وَصِهۡرٗا﴾	54	
الروم	﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا﴾ ﴿فِطۡرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِي فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيۡهَا﴾	21 30	
الأحزاب	﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾	5	

	Verse	Text	Surah
	28 49 58	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ﴾ ﴿ وَٱلَّذِينَ يُؤۡذُونَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ بِغَيۡرِ مَا ٱكۡتَسَبُواْ ﴾	
	18	﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰ ﴾	الفاطر
	71	﴿ وَلَٰكِنۡ حَقَّتۡ كَلِمَةُ ٱلۡعَذَابِ عَلَى ٱلۡكَٰفِرِينَ ﴾	الزمر
	36	﴿ وَإِمَّا يَنزَغَنَّكَ مِنَ ٱلشَّيۡطَٰنِ نَزۡغٞ فَٱسۡتَعِذۡ بِٱللَّهِ ﴾	فصلت
	40 41	﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا ﴾ ﴿ وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعۡدَ ظُلۡمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيۡهِم مِّن سَبِيلٍ ﴾	الشورى
	22	﴿ فَهَلۡ عَسَيۡتُمۡ إِن تَوَلَّيۡتُمۡ أَن تُفۡسِدُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرۡحَامَكُمۡ ﴾	محمد
	2	﴿ ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡ ﴾	المجادلة
	1 2 6 7	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ ﴿ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾ ﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ﴾ ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾	الطلاق
	11	﴿ وَٱلسَّمَآءِ ذَاتِ ٱلرَّجۡعِ ﴾	الطارق

2-فهرس الأحـــــــــــــــــاديث والآثار

3–فهرس الأشعـــــــــــــار والأنظام

وقول بعض الأغبيا أم العيال ليست تطلق من أضعف المقال

إذ ذاك تخصيص من الشيطان لسنة الرسول والقرآن

لكونه رأيا وليس حكما فخل قائليه صما بكما **10**

أفتى بذاك شيخنا ابن العاقل وهو ظاهر لكل عاقل

4- فهرس الأعـــــــــــــــــلام

4-فهرس الأحكـــــــــــــــام والقرارات القضائية

الجهة القضائية	بيانات الحكم أو القرارات	المضمـــــــــــــــــــون	الصفحة
م، ع، غ،أ،ش	قرار صادر في 1985/04/08	الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث فإنه ينصرف إلى طلقة واحدة بائنة" .	
م، ع، غ،أ،ش	قرار صادر في 1989/11/27	تطليق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفا للأحكام الشرعية الإسلامية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون	
م، ع، غ،أ،ش	قرار صادر في 1984/11/19 رقم الملف34046	الخطبة مقدمة للزواج	
م، ع،	قرار صادر في 1993/11/23 رقم الملف193825	من المقرر أن الولد للفراش الصحيح و أن أقل مدة هي ستة أشهر	
م، ع، الأبيار	قرار صادر في 1999/06/15 رقم الملف224655	بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وبتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون-ثبوت الضرر – تعويض الضرر	
م، ع، غ،أ،ش	قرار صادر في 1998/02/17 رقم الملف176551	من المقرر شرعا أنه لايمكن أن يراجع الرجل من طلاقها	
م، ع، الأبيار	قرار صادر في 1996/06/18 رقم الملف137571	العدة قبل الدخول-تزوج المرأة بعد أربعة أيام من طلاقها- المطالبة بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة – حكم برفض طلب الفسخ والرجوع لصحة الزواج- تطبيق صحيح للقانون	

م، ع،	قرار صادر في 1991/06/18 رقم الملف193825	جاء فيه من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأً في تطبيق القانون	
م، ع، غ،أ،ش	مرسوم 1992/01/13	إمكانية منح لقب الكافل للمكفول وذلك مع بعض الشروط من حيث أنه ينبغي أن يكون مجهول النسب وأن تكون الأم قد وافقت على ذلك صراحة وبطريقة رسمية	
م، ع، غ،أ،ش الأبيار	قرار صادر في 1999/03/16 رقم الملف216239	طلاق قبل الدخول –ضرر معنوي –تطبيق صحيح للقانون	
م، ع، غ،أ،ش	قرار صادر في 1985/12/02	من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج	
م، ع،الأبيار	قرار صادر في 1992/07/21 رقم الملف83603	من المقرر قانونا بأنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون موافقته–تطبيق صحيح للقانون	
م، ع، غ،أ،ش	قرار صادر في 1998/07/21	إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق أو التطليق تصدر دائما نهائية	
م، ع، غ،أ،ش	قرار صادر في 1989/12/25	من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق	
م، ع،	قرار صادر 199/11/17	الحكم بالتعويض للزوجة دون ثبوت تعسف الزوج أو نشوزه	

	رقم الملف210451	خطأ في تطبيق قانون المادتان	
م، ع	قرار صادر في 2000/05/20 تحت رقم 2000/209	حيث أن إخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدي قد ألحق ضررا بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانونا	
م، ع	قرارصادرفي 2002/07/25	بتحديد الضرر وتقديره قصد مراجعة وتصفية الغرامة	
م، ع	قرار صادر في 2001/02/14	تقدير التعويض عن التسريح التعسفي حسب الضرر الذي لحق به يخضع للساطة التقديرية	
م، ع	قرار صادر في 1981/12/10	منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي	
م، ع	قرار صادر في 1992/02/18	حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا	
م، ع، غ،أ،ش م، ع قصر العدالة	قرار1986/04/07 رقم الملف41560 قرار صادر في 1986/01/27 رقم الملف39731	التعويض عن الطلاق التعسفي يستند لنظرية التعسف في إستعمال الحق من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح في مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه	

6- فهرس المـــــــــــــــــــــــــــــصادر والمراجع

1-: القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم ، مصحف المدينة الالكتروني.

2-: التفسير و علوم القرآن

التفسير الكبير للرازي ، (دار إحياء التراث العربي ط2 ب.ت.ط)

تفسبر الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن ت:محمود شاكر ،مكتبة ابن تيمية القاهرة ط2.

الدر المنثور في التفسير بالمأثور السيوطي ، دار الفكر ط1993-1414

جامع البيان في تفسير القرآن الطبري ، محمد بن جرير.،(بيروت : دار المعرفة ،1989)

الجامع لأحكام القرآن لابن العربي مراجعة محمد عبد القادر عطا ،دار الكتب العلمية ب.ت.ط.)

الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ت:د.عبد الله بن عبد المحسن التركي (مؤسسة الرسالة ط1-2006).

أحكام القرآن، أحمد بن علي الجصاص ت : محمد الصادق قمحاوي دار إحياء التراث العربي ط 1405

تفسير التحرير والتنوير الطاهر بن عاشور الدار التونسية للنشر ، ط1984

3- : السنة النبوية الشريفة وعلومها

الموطأ ، مالك بن أنس برواية يحي بن كثير الليثي (بيروت : دار الفكر ، ط3 ،2002) .

الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله وسننه وأيامه البخاري ، دار الفيحاء دار السلام.

مسلم ،بيت الأفكار الدولية ط1419-1998

سنن أبو داود ، ت:صدقي محمد جميل ،دار الفكر ط1414-1994

السنن الأوزاعي ، تصنيف : مروان محمد الشعار ،(بيروت : دار النفائس ، ط1، 1993) ،

سنن النسائي ، إشراف شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة ط1 1421-2001

الجامع الكبير الترمذي ، ت:د.بشار عواد معروف دار الغرب الإسلامي ط1998/2.

السنن الكبرى ، أحمد بن الحسين البيهقي تحقيق : محمد عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، 1999) ،.

سنن ابن ماجه ، ت:د.بشار عواد معروف دار الجيل بيروت ط1-1998، .

سنن ابن ماجه بشرح أبي الحسن السندي ت:خليل مأمون شيحا باب طلاق المكره والناسي حديث رقم 2046،ج513/2 دار المعرفة بيروت ط1416/1-1996

السنن وبذيلها التعليق المغني على السنن الدارقطني للعظيم آبادين (القاهرة ك دار المحاسن للطباعة ، 1966) الدارقطني.

مسند أحمد ، ت:أحمد شاكر (دار الحديث القاهرة ط1-1995 ~1416).

المستدرك على الصحيحين الحاكم النيسابوري ت:د.يوسف المرعشلي(2 / 181 ط دائرة المعرفة ب.ت.ط.

صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان الأمير علاء الدين بن بلبان الفارسي ت:شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ط1414/2-1993

مصنف بن أبي شيبة ، ت:حمد بن عبد الله الجمعة ،محمد بن إبراهيم اللحيدان (مكتبة الرشد ناشرون ط1-1425)

معرفة السنن والآثار البيهقي ت:د.عبد المعطي أمين قلعجي دار الوغى حلب-القاهرة ط1411/1-1991.

مسند أبي يعلى أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي ت : حسين سليم أسد ، دار المأمون للتراث – دمشق ط1404/1 – 1984

الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والإختصار أبو عمر بن عبد البر ت:د.عبد المعطي أمين قلعجي دار قتيبة دمشق دار الوغى حلب القاهرة ط1414/1-1993

التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد أبو عمر بن عبد البر ت:أ.مصطفى العلوي أ. عبد الكبير البكري سعيد أحمد أعراب ط1411-1991 .

المنتقى أبو الوليد الباجي ، ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1332هـ).

معالم السنن شرح سنن أبي داوود محمد الخطابي البستي ، المطبعة العلمية حلب ط1352/1-1933 .

النهاية في غريب الحديث والأثر ابن الأثير الجزري ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1، 1997)

شرح السنة للإمام الحسين بن مسعود البغدادي ت:شعيب الأرناؤوط ، المكتب الإسلامي ط1403/1-1983 .

جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم ابن رجب الحنبلي ت:وليد بن سلامة ، مكتبة الصفا ط1422/1-2002 .

المصنف لأبي بكر عبد الرزاق الصنعاني ، ت:حبيب الرحمن الأعظمي ،توزيع المكتب الإسلامي ط1403/2-1983

فتح الباري ابن حجر العسقلاني بيت الأفكار الدولية ،توزيع دار ابن حزم ب.ت.ط

شرح صحيح مسلم ، ، يحيى بن شرف النووي ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط2، 1972
المستدرك على الصحيحين للحاكم ، دار الحرمين ط1/1417-1997
مختصر استدراك الذهبي على مستدرك الحاكم ، سراج الدين ابن الملقن ت:عبد الله بن أحمد اللحيدان ،دار العاصمة النشرة الأولى 1411
الترغيب والترهيب للحافظ عبد العظيم المنذري مكتبة المعارف الرياض ط1/1464
العزلة للحافظ أبي سليمان الخطابي البستي ت:ياسين محمد السواس دار ابن كثير دمشق ط1410/2-1990
فيض القدير شرح الجامع الصغير عبد الرؤوف المناوي دار المعرفة بيروت ط1972/2
حاشية ابن القيم على سنن أبي داود،شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ت:الناشر دار الكتب العلمية ط 1415 - 1995.
كتاب الدعاء للحافظ أبي القاسم سليمان الطبراني ت:د.محمد البخاري دار البشائر الإسلامية ط1/1407-1987
الجامع لشعب الإيمان أبو بكر البيهقي ت:د.عبد العلي حامد ، مكتبة الرشد ط1/1422-2003

4-:التخريج:

التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير أحمد بن حجر العسقلاني ، القاهرة : مؤسسة قرطبة
خلاصة البدر المنير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ابن الملقن ت:حمدي عبد المجيد مكتبة الرشد الهداية في تخريج أحاديث البداية أبو الفيض الغماري ت:يوسف المرعشلي عالم الكتب ط1/1407-1987
بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد نور الدين بن أبي بكر الهيثمي ، ت:محمد الدرويش دار الفكر ط1414-1994
مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني باب تزويج ذات الدين ت محمد المنتقى الكشناوي دار العربية بيروت ط 1403 .
الفتح السماوي بتخريج أحاديث القاضي البيضاوي زين الدين المناوي ت: أحمد مجتبى دار العاصمة – الرياض

5-العقيدة

المنهج السديد في شرح كفاية المريد لأحمد بن عبد الله الزواوي ت:أ.مصطفى مرزوقي (دار الهدى)
المقصد الأسنى شرح اسماء الله الحسنى للغزالي ت:محمد عثمان الخشت مكتبة القرآن ب.ت.ط .

6-:اللغة والمعاجم

معجم مقاييس اللغة ابن فارس ،دار الفكر ط1399-1979)

لسان العرب ابن منظور ت:عبد الله علي الكبير ،محمد حسب الله ، (دار المعارف القاهرة ب.ت.ط)

القاموس المحيط ، الفيروزابادي، نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للمطبعة الأميرية 1302 الهيئة المصرية للكتاب .

المصباح المنير المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي أحمد المقري الفيومي المكتبة العلمية

النهاية في غريب الحديث والأثر أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ت: طاهر أحمد الزاوى – محمود محمد الطناحي ، ط المكتبة العلمية ، 1399هـ – 1979.

مختار الشعر الجاهلي المكتبة الشعبية ط1389/3-1969.

ديوان ذي الرمة (ط12006دار المعرفة بيروت لبنان)

ديوان زهير ابن أبيب سلمى اعتنى به وشرحه:حمدو طماس(دار المعرفة بيروت لبنان ط2-2005)

ديوان الحماسة أبو تمام الطائي (التوفيق مصر ط1322

معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير د.رجب عبد الجواد إبراهيم ،دار الآفاق العربية ط2002-1433/1

أساس البلاغة أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري ت:محمود محمد شاكر مطبعة المدني القاهرة 1991

الكامل في اللغة والأدب، أبو العباس محمد بن يزيد المبرّد ت محمد أبو الفضل إبراهيم ،دار الفكر العربي – القاهرةط 1417 هـ – 1997 م.

طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية نجم الدين بن حفص النسفي ج122/1 دار القلم بيروت – ط1406/1هـ.

المطول في شرح تلخيص المفتاح لسعد الدين التفتازاني المكتبة الأزهرية للتراث ط1330هـ

7-: الفقه الحنفي

المبسوط السرخسي، (دار المعرفة بيروت ب.ت.ط)

رد المحتار على الدر المختار ، ابن عابدين ، محمد أمين ، تحقيق : عادل عبد الموجود ، علي محمد معوض (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط2، 2003).

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،الكساني ، علاء الدين أبو بكر . دار الكتب العلمية ط2-1986

مختصر القدوري في الفقه ت:كامل محمد عويضة (دار الكتب العلمية)

-فتح القدير ، ابن الهمام ، كمال الدين (بيروت : دار الفكر).

الميحط البرهاني محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازه دار إحياء التراث العربي

8- الفقه المالكي

المدونة الكبرى ، برواية سحنون مالك بن أنس، ت : زكريا عميرات دار الكتب العلمية

جواهر الإكليل للآبي ، شرح مختصر سيدي خليل: (دار المعرفة في بيروت ،2 / 109 ط). .

تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام برهان الدين محمد بن فرحون المالكي تعليق :جمال المرعشلي ، دار الكتب العلمية ط1416/1-1995

إحكام الأحكام على تحفة الحكام فمحمد بن يوسف الكافي (دار الفكر)ط1420-2000

البهجة في شرح التحفة ، التسولي ، أبو الحسن، ضبط : محمد عبد القادر شاهين ،(بيروت : دار الكتب العلمية ط1، 1998).

القوانين الفقهية ، أبو القاسم ابن جزي ، دار الكتاب العربي ط1404/1-1984

مواهب الجليل شرح المختصر : الحطاب، دار الفكرط1422/1-2002.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الدسوقي ، محمد بن عرفة (دار الفكر ط2002).

الذخيرة ، القرافي ، أحمد بن إدريس ،تحقيق : أبو إسحاق عبد الرحمن،(بيروت : دار الكتب العلمية ط1 ، 2003)

التاج والإكليل المختصر خليل المواق: (مطبوع بهامش مواهب الجليل).دار الفكر ط1422-2002

شرح الميارة الفاسي على تحفة الحاكم في نكت العقود والأحكام ، ميارة ، محمد بن أحمد، ضبط : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن،(بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ،2000).

المعيار المعرب في فتاوى الأندلس والمغرب ، تخريج جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي ، أحمد بن يحيى الونشريسي ، (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، 1999)

الفقه المالكي وأدلته الحبيب بن طاهر الخلع (مؤسسة المعارف بيروت ط1-200).

مختصر خليل دار الفكر.ط1419-1999

متن العاصمية تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام أبو بكر بن عاصم الأندلسي المكتبة التجارية ب.ت.ط .

9-الفقه الشافعي:

مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ت:علي معوض عادل عبد الموجود ج52/5 دار الكتب العلميةط1415/1-1994

روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين النووي ت: عادل أحمد عبد الموجود - على محمد معوض، دار الكتب العلمية،ب.ت.ط.

الحاوى الكبير . الماوردى أبو الحسن الماوردى ، دار الكتب العلمية،ط1/ 1414هـ - 1994

10-: الفقه الحنبلي

المغني والشرح الكبير ، موفق الدين ابن قدامة ،دار الكتاب العربي بيروت ط1983/1403

كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور البهوتي ت: محمد حسن الشافعي 5 / 241دار الكتب العلمية ،ط1/ 1418 - 1997

الفروع لابن مفلح الحربي ت:عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة، ط 1424 هـ - 2003 م

المبدع شرح المقنع لابن مفلح، دار عالم الكتب، الرياض ط: 1423هـ /2003م .

مجموع الفتاوى ، ابن تيمية ت :محمد عبد القادر عطا مصطفى عبد القادر عطا دار الكتب العمية ط1408/1-1987

مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه ،إسحاق بن منصور المروزي ، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعوديةط1425/1هـ/2002م

11- : الفقه الظاهري

المحلى بالأثار إدارة (المطبعة المنيرية مصر،ط1347/1)

12 : فقه الشيعة الإمامية

النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، محمدبن الحسن الطوسي ، (بيروت : دار الكتاب العربي، ط2، 1980).

113:الفقه الإباضي

شرح كتاب النيل أطفيش ، مكتبة الإرشاد جدة (دار الفتح بيروت ط2-1972.1392)

14 : الفقه المقارن

بداية المجتهد ابن رشد القرطبي ، دار الفكر ط1998-1419)

السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار محمد الشوكاني ت:محمود زايد دار الكتب العلمية ط1/ب.ت.ط.

الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي دار الفكر، ط2 /1405-1985

محاضرات في الفقه المقارن د.محمد سعيد رمضان البوطي دار الفكر المعاصر(بيروت –دار الفكر دمشق ط2/1422-2001).

الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية –الكويت ط1/1414-1993

15- أصول الفقه :

الرسالة للإمام الشافعي تحقيق أحمد شاكر دار الكتب العلمية ب.ت.ط

جمع الجوامع تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي تعليق عبد المنعم إبراهيم خليل دار الكتب العلمية ط2/2003-1424

الغيث الهامع شرح جمع الجوامع أبو زرعة العراقي ت:مكتبة قرطبة ، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ط1-2000)

الموافقات :أبو إسحاق الشاطبي ، دار الفكر ط2-2003.

حاشية قمر الأقمار لنور الأنوار في شرح المنار للشيخ عبد الحليم اللكنوي، ،ط1-1995دار الكتب العلمية.

المستصفي من علم أصول الفقه أبوحامد الغزالي ت:دحمزة بن زهير حافظ ب.ت.ط.

إعلام الموقعين عن رب العالمين محمد بن أبي بكر بن القيم تحقيق : طه عبد الرءوف سعد دار الجيل بيروت ، 1973

كتاب التعيين في شرح الأربعين تحقيق نجم الدين طوخي أحمد حاج محمد عثمان(ط1 بيروت مؤسسة الريان 1419هـ - 1998)

قواعد المقاصد عند الشاطبي للدكتور الكيلاني، (ط4/2009)

16 :النظريات الفقهية

النظريات الفقهية الدريني، (ط4 منشورات جامعة دمشق 1996-1997)

النظريات الفقهية الدريني ،منشورات جامعة دمشق ط4/1416-1996.

التظريات العامة في الفقه الإسلامي د.العربي بلحاج ،(ديوان المطبوعات الجامعية 2001/03)

وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية د.محمد الزحيلي مكتبة دار البيان دمشق ط1/1402-1983

الضمان في الفقه الإسلامي علي خفيف دار الفكر العربي ط2000/1 ص45

دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق نزيه نعيم شلالا منشورات الحلبي الحقوقية ط2005/1.

17-القواعد الفقهية

المنثور في القواعد للزركشي ت:د.تيسير فائق حمودة (وزارة الوقاف والشؤون الإسلامية الكويت ط1982/1402

الأشباه والنظائر ابن نجيم الحنفي أحكام الفسوخ ت:محمد مطيع الحافظ (دار الفكر تصوير 1986 عن ط1983-1403/1

الكليات الفقهية المقري ت:أبو الأجفان الدار العربية للكتاب ب.ت.ط.

عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق ط11420 دار الغرب الإسلامي بيروت)

نظم المعتمد من الأقوال للنابغة ت:يحي بن البراء (المكتبة المكية ،مؤسسة الريان ط1 1422-2002)

عيون البصائر للحموي شرح الأشباه والنظائر ابن نجيم الحنفي دار الكتب العلمية ط1985-1405/1

القواعد الفقية الكبرى د.صالح السدلان دار بلنسية ب.ت.ط.

18- الأحوال الشخصية وفقه الأسرة

الفرقة بين الزوجين وما يتعلّق بها ، علي حسب الله ، دار الفكر العربي ط1957-1377/3.

الأحوال الشخصية أبو زهرة (دار الفكر العربي ب.ت.ط).

الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة ، المبروك المصري (دار هومة الجزائر ب.ت.ط

الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة د.داودي عبد القادر دار البصائر ط2007/1

أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ،بدران أبو العينين بدران (مطبعة دار التأليف ط1961/2).

أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ،مصطفى بن العدوي (مكتبة ابن تيمية ط1988-1409/1).

الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة د.مريم أحمد الداغستاني ب.ت.ط.

القوامة الزوجية د.محمد بن سعد بن محمد المقرن، (جامعة الملك سعود بالرياض)

القول المختار في رفع الضرر عن المرأة في الإيلاء والظهار، د. محمد بن عبد العزيز السديس(جامعة القسيم).

الواضح في أحكام الطلاق، ج. ت .طارق بن أنور آل سالم (دار القمة ، دار الإيمان)

خدمة المرأة زوجها ، دراسة فقهية ، ووقفات تربوية، عبد الحميد بن صالح الكراني ط1-1425ه

المرأة بين الفقه والقانون دمصطفى السباعي دار الورّاق السعوديةط1999-1420/7.

19-الحدود والتعريفات

التعريفات للجرجاني ، (مكتبة لبنان طبعة جديدة1985)

الكليات للكفوي ،ت :عدنان درويش (مؤسسة الرسالة ط2 1998)

معجم لغة الفقهاء محمد قلعجي ، (ط2 /1408-1988)

الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة لابن زكريا الأنصاري تحقيق د..مازن المبارك ط1-1991دارالفكر المعاصر.

شرح حدود ابن عرفة ، الرصاع ، ت:أبو الأجفان دار ابن حزم ط1993/1

أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقها ءقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ت: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي كتاب أدب القاضي ، دار الوفاء – جدة ط1/،1406

20-الردود

السبكي الدرة المضيئة في الرد على ابن تيمية (مطبعة الترقي ط1347).

الكوثري :الإشفاق على مسائل الطلاق في الرد على أحكتم الطلاق(المكتبة الأزهرية للتراث ط1415-1994).

القضاعي العزامي :براهين الكتاب والسنة الناطقة على وقوع الطلقات المجموعة منجزة أو معلقة ب.ت.ط

الحكم المشروع في الطلاق المجموع المعلمي ت:حاكم بن عبيسان (دار أطلس ط1418/1-1997)

إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية ت:محمد عفيفي المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان مكتبة فرقد الخاني، الرياض، السعودية ط2/ 1408هـ-1988م .

21-السير والتراجم

الأعلام ، خير الدين الزركلي ، (بيروت : دار العلم للملايين ، ط14، 1999).

المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم ج368/1 الكتاب عبارة عن كتاب إلكتروني تم إدخاله إلى الموسوعة الشاملة ولا يوجد مطبوعا .

المنتظم في تاريخ الملوك والأمم عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج دار صادر – بيروت ط1 .1358

22- مراجع قانونية عامة

الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات العربي بلحاج (ديوان المطبوعات الجامعية ط2010/6).

النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، بلحاج ، العربي (الجزائر : ديوان الطبوعات الجامعية ،1994).

الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09 أ.شويحة زينب دار أسامة ط2009/1.

شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون 08-09 أ فضيل العيش منشورات أمين ط2009

الوجيز في الإجراءات المدنية أ.عمارة بلغيث دار العلوم ط2002
قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصّا وتطبيقا نبيل صقر عويسات فتيحة دار الهدى الجزائر ط2009
تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة أ.بن زيطة عبد الهادي (دار الخلدونية ط1428/1-2007).
قانون الأسرة نصا وتطبيقا أ.نبيل صقر ،أ.قمراوي عز الدين ، (دار الهدى ط2008).
صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر أ.باديس ذيابي دار الهدى ط2007
قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء الغوثي بن ملحة (ديوان المطبوعات الجامعية ط22008).
صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة باديس ذيابي (دار الهدى ط2012) .
الوسيط في شرح قانون المدني الجديد ، السنهوري ، عبد الرزاق (بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية ، ط3، 1998).
النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق وتطبيقهما في التشريع الجزائري د.هجيرة دنوني، بن الشيخ الحسين (منشورات دحلب ب.ت.ط).
نظرية التعويض عن الضرر المعنوي مقدم سعيد المؤسسة الوطنية للكتاب ب.ت.ط
الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري حسين قدادة ديوان المطبوعات الجامعية ط4-2010.

23-النصوص القانونية:

-الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18-محرم 1426 /27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9رمضان 1404 /9يونيو 1984 والمتصمن قانون الأسرة .
-الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18صفر 1429 /25فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
-الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل و متمم 1999
-الجريدة الرسمية للمملكة المغربية ،ظهير شريف رقم 10.4.22 صادر في 12 ذي الحجة 3/1424فبراير2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03بمثابة مدونة الأسرة ،الجريدة الرسمية م78عدد 5184 - 2004/2/5 ص428.
-الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية قانون رقم 2001-052 بتاريخ 19يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية
-قانون الأحوال الشخصية الأردني ، قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات

-Code civil version consolidee du code au 2/06/2012 Chapitre11 des delits et des quasi-delits p228

24-المجلات الدورية والقضائية والقانونية :

- حق الزوجة في المبيت وشرط إسقاطه ، عبد العزيز بن محمد الحجيلان(مجلة العدل العدد10 السنة الثالثة ،ربيع الآخير1422هـ

العضل في الخلع أسبابه وآثاره، عبد الله الدهش (مجلة العدل العدد الول محرم 1420).

الشقاق الزوجين ، الأسباب- الأثار- العلاج، علي بن راشد الدبان(العدل: ع2. 1420هـ

نسب ولد الزنى ،عدنان الدقيلان،مجلة العدل ، ع22-ربيع الآخر 1425هـ

ضوابط العدل بين الزوجات ، محمد بن ناصر بن خالد(الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة)

مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثاني ،مطبعة جامعة عين شمس.

مجلة النور الكويتية - العدد (56).

مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة العدد 6 .

المجلة القضائية لسنة 1984 العدد الثاني

المجلة القضائية لسنة 1985 العدد الثاني والرابع.

المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث.

المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الأول والثاني

المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الثالث والرابع

المجلة القضائية لسنة 1999 العدد الثاني.

لمجلة القضائية لسنة 2000العدد الثاني

المجلة القضائية لسنة 2001 العدد الأول

26-مواقع إلكترونية

www.jazaier news.ocm

www.ararnet.com../

http://www.muslema.com/muslema/articl

http://www.meshkat.net/

www.gameataleman.org.

http://www.alolamaa.com/index.jsp?inc=41&lang=ar&id=44

7–فهرست الموضوعات

ملخص

دراسة موضوعات الأحوال الشخصية تكتسي أهمّية بالغة لكونها تباشر الواقع ، وتزداد الأهمية حينما يتعلق الأمر بالفُرَق التي تحدث في الأسر بأسباب كثيرة منها :التعسّف في استعمال الحق ، فجاء الموضوع مُلحّا ضروريّا لبيان أنّ ما يحدث للأسر من تشتت وتمزّق مردّه في كثير من الأحيان إلى التعسف ، إضافة إلى أسباب أخرى ، والإشكالية التي يدور عليها البحث هي :هل يتوافق التعسف في مفهومه مع الحق أم أنه يخالفه ، وإذا كان التعسف في الفرقة ضررا: فوجب اعتباره من كلّ من أوقعه ، وكذا تعويض ضحيته أيّا كان ؟.وللإجابة على تلك الإشكالية سرت على الخطة التالية :مقدمة تعريفية للموضوع، وفصل تمهيدي تناولت فيه معنى فرُق الزواج ،ومعنى الحقّ والتعسّف فيه ، وفصل أول بعنوان : تعسف الزوجين وفصل ثان بعنوان: التعسف من غير الزوجين،أي الأبوين ،و الحكمين ،والقاضي ،وفصل ثالث:بعنوان آثار التعسف ،وختمت هذا البحث بإيراد أهم النتائج المتوصل اليها ،وهي أنّمن أهمّ أسباب الفرقة : التعسف في استعمال الحق،وهو عمليّة مركبة ذات أبعاد شخصية ومرحلية وسببية وأنّ هذه الفُرق التي تحدث في مجتمعنا وخاصة الطلاق والخلع ، ،ليست من مسؤولية الزوج وحده ،بل هي نتاج تصرفات يشترك فيها الجميع، بما في ذلك الزوج والزوجة والأبوان والحكمان والقاضي .

الكلمات الافتتاحية:

الزواج؛ تعسف؛ حق؛ فرق؛ الفرقة؛ طلاق؛ خلع؛ قضاء؛ تعويض؛ إثبات.